

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**REVISTA JUDICIAL N° 92**

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

Corrección de pruebas a cargo del editor.



Poder Judicial  
Departamento de Artes Gráficas  
B. 34033

# SUMARIO

<b>Presentación</b> .....	<b>5</b>
Dr. Víctor Pérez Vargas	
<b>La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional</b> .....	<b>11</b>
Dr. Rubén Hernández Valle	
<b>Derecho Agrario AAA</b> .....	<b>27</b>
Dr. Ricardo Zeledón	
<b>El consumo virtual</b> .....	<b>41</b>
Lic. Andrés Montejo Morales	
<b>Los delitos de la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres: protección y desprotecciones</b> .....	<b>53</b>
Lic. Gustavo González Solano	
<b>El abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes. Comentario del Voto 151-2008 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José</b> .....	<b>83</b>
Msc. Yuri López Casal Licda. Meylin Arguedas Chaves	
<b>La creación de una jurisprudencia arbitral difusa y el análisis casuístico como método de estudio de los laudos arbitrales costarricenses</b> .....	<b>89</b>
Licda. Ana Lucía Ramírez Calderón	
<b>Aspectos legales relacionados con el Parque Nacional Isla del Coco, Costa Rica</b> .....	<b>135</b>
Licda. María Virginia Cajiao	
<b>Una nueva forma de gobernanza para el uso sostenible de los recursos marino costeros: lecciones aprendidas en el Pacífico Central</b> .....	<b>145</b>
Msc. Patricia Madrigal Cordero Licda. Viviente Solís Rivera	
<b>Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización. El Monopolio del Derecho por parte del Estado</b> .....	<b>159</b>
Lic. Ignacio García	



## PRESENTACIÓN

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

Presentamos, en esta ocasión, estudios sobre Derecho Constitucional, Derecho Agrario, Derecho del Consumo, Derecho Civil de Contratos, Arbitraje, Derecho Ambiental y *Lex Mercatoria*.

Nos honra contar con la colaboración del **Dr. Rubén Hernández Valle**, maestro del Derecho Constitucional, profesor de varias generaciones en la Universidad de Costa Rica, quien nos ofrece su trabajo titulado “**La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional**”. El Profesor Hernández, junto con don Rodolfo Piza Escalante, elaboró el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, basándose en la normativa alemana pero, agregando que dicha vinculatoriedad excluía a la propia Sala Constitucional, con el fin de evitar que la jurisprudencia de ese tribunal se anquilosara. Después de repasar el sistema alemán, que ha utilizado diversos razonamientos para justificar que la *ratio decidendi* de las sentencias del Tribunal Constitucional es también vinculante para los demás tribunales, comenta el ordenamiento italiano, orientado hacia la plena aceptación de la teoría del derecho viviente, en el que por disposición legal expresa se establece la vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Explica que, en Costa Rica, el artículo 13 de la LJC establece la obligatoriedad *erga omnes* de la jurisprudencia y precedentes del tribunal constitucional, de manera tal que sus interpretaciones sobre los alcances de las normas o actos sujetos al control de la jurisdicción constitucional son vinculantes y de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos. Aunque admite que esta solución tiene el inconveniente de

que impide la interpretación creadora de los jueces y funcionarios administrativos, asegura que tiene una ventaja innegable, pues hace posible que reine la seguridad jurídica e impide que surjan conflictos interpretativos con la jurisdicción ordinaria, sobre todo con las Salas de Casación. Comenta que el fundamento constitucional se encuentra en el artículo 42 de la Carta Política, en cuanto le otorga la autoridad de cosa juzgada a las resoluciones de la Sala en los distintos procesos constitucionales. El autor explica que la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional es más amplia que la de la cosa juzgada en los procesos civiles, dado que aquellas vinculan tanto al recurrente, a los coadyuvantes, a las demás partes si las hubiere, así como a la Administración recurrida y demás órganos y entes estatales. Es decir, tales resoluciones tienen efectos *erga omnes* (salvedad hecha de los amparos contra sujetos de Derecho Privado y de las resoluciones de la Sala en las consultas legislativas voluntarias, salvo que se establezcan vicios en el *iter* legislativo). Agrega que la vinculatoriedad de los precedentes y jurisprudencia de la jurisdicción constitucional no opera para sí misma, dado que siempre debe existir la posibilidad de que la Sala pueda variar de criterio, ya sea por un cambio de integración o bien por un cambio sobreviniente de las circunstancias y que, al igual que en Alemania, las resoluciones de la Sala son vinculantes no sólo en su parte dispositiva, sino también en su *ratio decidendi*, es decir, aquellos razonamientos o motivos incluidos en los Considerandos, sin los cuales el fallo no podría existir. Finalmente compara las fortalezas y debilidades del sistema costarricense y

concluye diciendo que el balance es positivo, pues su praxis ha permitido poner orden y crear seguridad jurídica en materias en las que antes de la existencia de la Sala existía una gran dispersión e incertidumbre. Este trabajo sin duda será de interés para los jueces.

Es también un honor para la Revista Judicial contar con el aporte del ex-Magistrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, maestro del Derecho Agrario, **Dr. Ricardo Zeledón Zeledón**, quien colabora con **“Derecho agrario AAA”**. El Dr. Zeledón explica el Derecho Agrario contemporáneo, como proceso evolutivo, impactado por diversos fenómenos. Se trata de algo bastante distinto del Derecho Agrario clásico, aunque también encuentra grandes diferencias con el Derecho Agrario moderno, acrisolado en la empresa agraria, en la actividad agraria, en la agrariedad, con mayor valentía para reconocer su rol dentro del mercado. El autor propone un nombre símbolo de “Derecho agrario AAA”; Derecho Agrario de la Agricultura, del Ambiente y de la Alimentación, que debe caracterizarse por su transversalidad jurídica. Comenta las denominaciones Derecho Agroambiental y Derecho Agroalimentario indicando, en cuanto a la primera, que “en modo alguno ello significa admitir tampoco el nacimiento de una rama jurídica, pues el Derecho Agroambiental es una parte del contenido del Derecho Agrario, una parte especializada en función del ambiente”. Lo mismo afirma respecto del término Derecho Agroalimentario. En cuanto al papel de la doctrina, sostiene que “Los principios generales del Derecho Agrario no deben ir a buscarse en las fuentes del ordenamiento jurídico ni en fuentes metajurídicas. Ellos se encuentran en la Cultura, en la cultura jurídica de las grandes obras del Derecho Agrario. Están en las construcciones doctrinarias

admitidas en forma mayoritaria, o por más tiempo, por la conciencia iusagraria”. Seguidamente, afronta el tema del proceso de internacionalización del Derecho Agrario e insiste en el papel de su sistemática: “En ella el centro de preocupación será siempre el ser humano vinculado a las actividades agrarias, para impulsar una preocupación científica con una profunda explicación axiológica, derivada de la relación entre Derecho Agrario y Derechos Humanos”.

El Licenciado **Andrés Montejo Morales**, Profesor de la Universidad de Costa Rica, participa con su novedosa contribución **“El consumo virtual”**. Manifiesta el autor que una enorme cantidad de relaciones de consumo se realiza en el ciberespacio: empresa o comerciante virtual, consumidor virtual y en un “lugar” virtual y afirma la necesidad de regular el consumo ciberespacial. Inicia el tratamiento del tema haciendo referencia al desarrollo histórico del Derecho del Consumo, el cual ha recibido diversas denominaciones aunque, a su juicio, la “mejor denominación es Derecho de Consumo”. Se refiere a los derechos del consumidor y al concepto mismo de consumidor como destinatario final. Inicia el tema del consumo en el ciberespacio indicando que es un espacio donde hay relaciones de consumo entre compradores virtuales y empresas en la red. Al referirse al tema de la empresa en el ciberespacio considera necesario un replanteamiento de ésta, específicamente en cuanto a su estructura. La visualiza como un sistema de redes contractuales con diferentes centros y una única unidad empresarial, en donde ya lo importante no son sus socios o su estructura administrativa, sino su actividad. Comenta que dos son las modalidades: “la empresa real virtual y la empresa virtual. La primera, son todas aquellas que teniendo existencia física y

moral, establecen un sitio en la red para que los usuarios accedan y se establezcan relaciones de consumo. Pero también hay aquellas que son únicamente virtuales”. Están en la red mediante un sitio, pero no tienen personería jurídica y no tienen existencia física; son solo eso, virtuales. Define el consumidor virtual como el usuario -persona física o jurídica-, que adquiere bienes o servicios a través y mediante la utilización del ciberespacio y considera que para la protección al consumidor en la relación de consumo virtual, la redacción, firma y ratificación de un tratado internacional sobre el consumo virtual, que sea cuna de sus principios, es la solución más viable para proteger a los ciberconsumidores. Concluye afirmando que “En todo caso, el aprecio y el respeto de la persona en sí misma, es el primer paso y fundamento para un desempeño ético de cualquier forma de relación de consumo”.

Presentamos también **“Los delitos de la Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres: Protección y Desprotecciones”**, del Licenciado **Gustavo González Solano**, Profesor de Lógica Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, quien analiza los tipos penales contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, con la finalidad de aclarar su aplicación práctica. El Profesor González Solano se refiere a cuatro categorías principales de delitos: la Violencia Física que aborda tres delitos principales: Femicidio, Maltrato (donde considera que hay serios errores en la redacción de la norma y contradicciones lógico-jurídicas) y Restricción a la libertad de tránsito (donde dice que hay una sobrevaloración de un tipo específico de la libertad personal y un tratamiento desigual y discriminatorio entre mujeres y mujeres sin relación de pareja, ya que nuevamente se darán tratos disímiles entre personas iguales e idénticas en género);

la Violencia Emocional, integrada por los delitos de Violencia Emocional y Restricción a la Libertad de Autodeterminación (delitos en los que considera que hay una descalibración axiológica de los bienes jurídicos tutelados o tutelables, y una injustificada homogenización de acciones y bienes jurídicos claramente diferentes y divergentes, sobrevalorando o subvalorando comportamientos y conductas que deben tener un tratamiento equilibrado y razonable); la Violencia Sexual compuesta por los delitos de Violación contra una mujer y Conductas Sexuales Abusivas (donde, a su juicio, hay una desequilibrada ponderación de conductas y bienes jurídicos que generan una desatención jurídica de acciones relevantes para la conformación de otros delitos y la sobrevaloración de conductas irrelevantes para la generalidad del sistema jurídico) y, finalmente, la Violencia Patrimonial integrada por los delitos de Sustracción Patrimonial y Daño Patrimonial (en los que, según el autor, hay un tratamiento abiertamente desigual y contrario a la política criminal del país que no tiene ningún sustento ni justificación alguna). En relación con cada una de estas figuras plantea sus observaciones críticas, demostrando la falta de lógica en muchas de ellas y evidenciando serios errores de redacción, que contradicen la visión protectora y que, en realidad, en lugar de aumentar, disminuyen las garantías penales ya establecidas.

**“El abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes. Comentario del Voto 151-2008 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José”** se denomina el ensayo del **Msc. Yuri López Casal**, Juez del Tribunal de Puntarenas, Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg y de la **Licda. Meylin Arguedas Chaves**, abogada litigante. El tema, en su criterio, implica una

aplicación del principio general de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho y trata de dar solución al problema que surge en los contratos solemnes cuando una de las partes del contrato sabe perfectamente que el negocio jurídico que celebró con la contraparte contractual es absolutamente nulo por ausencia de la formalidad correspondiente pero engaña o hace creer al otro contratante que el negocio sí es válido y que puede producir los efectos jurídicos deseados por las partes. Con una metodología muy clara los autores explican el caso comentado y sus instancias. Seguidamente nos ilustran sobre el tema del abuso de las formalidades *ad substantiam* en los contratos solemnes en el Derecho Civil alemán donde caso sorprendentemente similar al que centra su análisis el presente ensayo fue resuelto por el antiguo Tribunal Federal de Casación Civil alemán. Explican que la doctrina alemana habla de la superación de la necesidad de formalidades del negocio con base en el principio de buena fe y con ello lo que se pretende, en definitiva, es que la parte engañada o inducida dolosamente a error, por parte de su contraparte, pueda considerar el negocio como válido, pese a la ausencia de formalidades *ad substantiam* y así entonces podría pretender el cumplimiento de lo pactado sin que la contraparte, que actuó dolosamente o con culpa grave, pueda ampararse en la invalidez del negocio por ausencia de formalidades, pues ello constituiría un abuso de derecho, el cual es inadmisibles en todo tipo de vínculo jurídico. Distinguen tres grupos de casos en los cuales se trata cómo debe resolverse la relación de tensión existente entre la ausencia de formalidades *ad substantiam* y el ejercicio del derecho de buena fe: la inobservancia consciente de la forma del negocio, el engaño doloso sobre la necesidad de formalidades *ad solemniter* y la inobservancia culposa de las formalidades

*ad substantiam*. Explican que: en Alemania, en algunos casos se haya resuelto que la parte perjudicada pueda considerar el contrato como válido y, por consiguiente, pudiese hacer valer el cumplimiento de lo pactado, sin embargo no consideran esta tesis acertada. No lo es –manifiestan– porque la ley (§ 125 párrafo 1 del Código Civil alemán así como el artículo 835 inciso 3 del Código Civil costarricense) claramente sanciona con nulidad absoluta los negocios jurídicos que no cumplan con las formalidades *ad substantiam* que el legislador ha dispuesto para ellos. Ante la claridad y contundencia de tales disposiciones legales, no puede quedar al arbitrio de una parte el considerar un negocio, ya de por sí absolutamente nulo por falta de cumplimiento de formalidades legales, como si éste fuese válido. En opinión de los autores: “La única pretensión que le puede asistir a la parte perjudicada, sea consciente, dolosa o culposamente (ver los tres tipos de casos expuestos por la doctrina alemana) sería la de pago de daños y perjuicios por ejercicio abusivo del derecho, con base en el artículo 22 del Código Civil costarricense; es decir, se trataría de una pretensión meramente resarcitoria, sin que se pudiese, en consecuencia, pretender hacer valer alguna petición consistente, por ejemplo, en ejecución forzosa de lo pactado”.

De especial interés es el trabajo “**La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses**”, de la licenciada Ana Lucía Ramírez Calderón, pues hasta el momento no contábamos con información sobre lo que se ha resuelto en nuestros tribunales arbitrales. Quienes colaboramos como árbitros en la Cámara de Comercio, desde hace muchos años, esperábamos una obra como la de Ana Lucía; ella, sin duda, ayudará al cumplimiento



de nuestra función jurisdiccional pues, con base en una exhaustiva investigación, apoyada por la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara, **licenciada Zoila Rosa Volio**, la autora identifica diversos campos donde los laudos arbitrales nacionales han realizado elaboraciones de interés y los clasifica, utilizando como criterios los temas principales tratados, a saber: *“Pacta sunt Servanda”*, vicios del consentimiento, fuerza mayor, valor de las arras, daño moral contractual objetivo, culpa concurrente, *“non adimpleti contractus”*, costas y el novedoso (en nuestro medio) tema de la pérdida de **chance**. En relación con cada uno de ellos, la licenciada Ramírez Calderón compara la jurisprudencia judicial con las orientaciones arbitrales y realiza su análisis crítico, todo lo cual resulta de gran interés. Ella ha clasificado y estudiado los diversos laudos por temas, lo que permite presentar la primera recopilación de pronunciamientos arbitrales costarricenses. La autora concluye afirmando que existe una importante jurisprudencia arbitral en nuestro país. A la vez, nos indica que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha comenzado a admitir algunos conceptos jurídicos y a avalar la aplicación de principios comerciales internacionales, mediante la confirmación de laudos arbitrales que poseen un contenido único y novedoso.

El más completo estudio jurídico sobre la Isla del Coco que hemos encontrado lleva el nombre **“Aspectos legales relacionados con el Parque Nacional Isla del Coco, Costa Rica”** y fue realizado por la **licenciada María Virginia Cajiao**, de Fundación MarViva. Este valioso trabajo se reproduce con autorización del **Dr. Julián Monge-Nájera**, Director de la Revista de Biología Tropical, donde apareció en el pasado agosto del 2008. Si bien la línea de la Revista Judicial es publicar trabajos inéditos, es necesario a veces hacer excepciones,

como en este caso, dada la diferente difusión de ambas publicaciones periódicas y la gran importancia de la contribución de la Licenciada Cajiao. La autora explica que toda la legislación que se refiere a los parques nacionales y a los recursos naturales es aplicable a esta área marina protegida. La licenciada Cajiao realiza su estudio desde la Constitución, los convenios internacionales y la legislación general hasta las regulaciones más específicas; destaca, particularmente, las normas que, establecen prohibiciones, regulan las actividades permitidas y delimitan el área protegida estableciendo su zonificación y usos.

La **Msc Patricia Madrigal Cordero y la licenciada Vivienne Solís Rivera**, de Coope SoliDar RL nos brindan **“Una nueva forma de gobernanza para el uso sostenible de los recursos marino costeros: lecciones aprendidas en el Pacífico Central”**. Las autoras nos comentan la experiencia de la actividad coordinada entre CoopeTárcoles RL, que es una cooperativa de pequeños pescadores artesanales fundada hace 22 años y CoopeSoliDar RL, es una cooperativa de autogestión de servicios profesionales para la solidaridad social que, como otras, ha sufrido “el desarrollo inmobiliario, turístico y la construcción de marinas que están excluyendo a las comunidades costeras del acceso que tradicionalmente han tenido sobre los recursos marino costeros, poniendo en entredicho el acceso a los recursos naturales, su seguridad alimentaria, su sustento, su cultura y los recursos naturales sobre los cuales se basa su desarrollo”. Nos enseñan que las Áreas de Conservación Comunitarias son una forma de gobernanza orientada hacia el reconocimiento del aporte de los pueblos indígenas y las comunidades locales en la gestión de áreas protegidas y los recursos naturales y nos informan sobre la discusión internacional sobre

el tema. Denuncian que Costa Rica no tiene aún ningún ejemplo en donde se reconozca un área protegida bajo el esquema de gobernanza comunitaria, pero nos dan noticia de los esfuerzos por elaborar una propuesta nacional, que brinde esta posibilidad, no sólo a CoopeTárcoles RL, sino además a otras comunidades y grupos organizados que ya han dado frutos con el Reglamento para el establecimiento de Áreas Marinas para la Pesca Responsable, que fue aprobado en Sesión de la Junta Directiva del INCOPESCA. También nos informan sobre el Consorcio Por la Mar RL que busca consolidar una iniciativa empresarial orientada al desarrollo de la actividad turística, que permita compartir las experiencias y vivencias de la pesca artesanal a través de visitas guiadas de pesca artesanal responsable

El licenciado **Ignacio García**, en **“Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización. El Monopolio del Derecho por parte del Estado”**, se refiere al papel del Estado en la sociedad contemporánea y sostiene la teoría del “pluralismo jurídico”. Nos recuerda que Santi Romano habla del paralelismo entre los ordenamientos informales o no jurídicos y ejemplifica sus teorías mediante instituciones como la iglesia u organizaciones criminales como la mafia. Explica que la teoría de Santi Romano de la pluralidad de ordenamientos jurídicos puede extenderse y aplicarse a asociaciones u organizaciones deportivas como la FIFA y la propia *Lex Mercatoria*. Existen redes de comunicación con ordenamientos

paralelos a la lógica jurídica estatal. Con el fenómeno de la globalización algunos de estas redes de comunicación logran no sólo institucionalizarse, sino hasta convertirse en organizaciones con mayor poder coercitivo que el mismo Estado. Asegura que una de estas redes de comunicación paralelas es la ley de los comerciantes, o *“Lex Mercatoria”* la cual –sostiene– “contiene todos los elementos propios de un lenguaje normativo (hecho, valores, normas y sanciones). Es impuesto al sujeto y no procede de su interioridad. Ante el incumplimiento de cierto “deber-ser” en el comercio, la *Lex Mercatoria* impone una sanción. A diferencia de la moralidad, por ejemplo, esta sanción procede con evidente heteronomía”. El Licenciado García nos da cuenta de su evolución histórica a partir de la Edad Media cuando surge un ordenamiento paralelo al Derecho del Estado, cuyo ejemplo más evidente es la sanción del gremio corporativo. Seguidamente, afronta el tópico del ordenamiento globalizado del comercio internacional, destacándose el papel realizado en este campo por la Cámara de Comercio Internacional con sus diversas recopilaciones de usos y costumbres y con la jurisprudencia de su Corte de Arbitraje. Se refiere a la *Lex Mercatoria* como un ordenamiento, un conjunto de normas que, aunque no tienen origen estatal, no por ello dejan de constituir un sistema de derecho. En la segunda parte, se refiere al “Derecho Corporativo” de la segunda mitad del siglo XX y a la normativa internacional sobre arbitraje.

# LA VINCULATORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

*Dr. Rubén Hernández Valle*

Con gran afecto y nostalgia para Rodolfo Piza Escalante, quien fue no sólo un entrañable amigo, sino, fundamentalmente, uno de los dos responsables, junto a Eduardo Ortiz, qDg, que con sus sabias enseñanzas en la Universidad me interesaron primero y posteriormente me estimularon para que me especializara en el ámbito del Derecho Público Interno.

## ***I.- Introducción***

He escogido ex profeso este tema por una razón muy particular: Rodolfo fue quien tuvo la idea original de introducir el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional actual, que recoge el principio de la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional. Cuento la anécdota de cómo surgió dicho idea y cómo fue finalmente materializada.

Entre julio y setiembre de 1989, cuando se discutía primero en la Comisión de Asuntos Jurídicos y posteriormente en el Plenario Legislativo la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Rodolfo y yo nos reuníamos, con bastante frecuencia en su casa, en horas de la noche, para revisar el texto aprobado hasta ese momento y discutir nuevas ideas para mejorarlo. Una noche, cuando hablábamos de otro tema, dijo Rodolfo de pronto: “Tenemos que meterle un artículo similar a uno que tiene la constitución alemana sobre la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional”, e inmediatamente se fue en busca de dicha Constitución. Luego de

buscar un rato no encontramos rastro alguno de dicha norma en la Ley Fundamental de Bonn.

Le dije entonces que tal vez se encontraba en la Ley Orgánica del citado Tribunal, por lo que fui un momento a mi casa para traerla. Efectivamente encontramos el texto a que aludía Rodolfo en el numeral 31 de la citada ley. Sin embargo, como se analizará en un acápite posterior, dicho artículo está dividido en dos normas diferentes: una que establece la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional para los demás entes y órganos públicos y otra que le otorga fuerza de ley una vez publicadas en el Diario Oficial, lo que permite oponerlas también frente a los particulares.

Al final decidimos hacer una sola norma, añadiéndole de nuestra cosecha que dicha vinculatoriedad, sin embargo, excluía a la propia Sala Constitucional, con el fin de evitar que la jurisprudencia de ese tribunal se anquilosara. De allí salió la redacción actual del artículo 13 de la LJC, el cual fue aprobado sin ninguna objeción, primero en la Comisión de Asuntos Jurídicos y posteriormente en el Plenario legislativo.

Quería contar esta pequeña anécdota, que es apenas una de las muchas que guardo en mi memoria acerca de las vicisitudes que viví, junto con Rodolfo, durante la tramitación y posterior aprobación del entonces proyecto de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

## ***1.- Tratamiento en el Derecho Comparado***

### **1.- Planteamiento del problema**

Este es uno de los principios fundamentales de la jurisdicción constitucional costarricense, al mismo tiempo que constituye uno de los problemas más álgidos en el Derecho Comparado.

En la mayoría de las legislaciones, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales no impide que los jueces ordinarios y las autoridades administrativas den interpretaciones diferentes de la legislación infraconstitucional, a condición de que tales interpretaciones sean compatibles con la Constitución y sus principios. En el fondo lo que tales sentencias prohíben es que los tribunales ordinarios y las autoridades administrativas interpreten o apliquen las normas infraconstitucionales de manera que rocen con el Derecho de la Constitución.

La anterior alternativa se utiliza en aquellos ordenamientos en que se tiende a respetar el clásico principio del Derecho continental de que los tribunales de Casación dicen la última palabra sobre la interpretación de la ley. Al otorgársele concomitantemente al juez constitucional la facultad de interpretar las leyes sometidas al control de constitucionalidad se entra evidentemente en conflicto con la tradición casacionista, que reserva a este tribunal el monopolio sobre la interpretación última de la ley.

En la praxis se producen enfrentamientos constantes, pues los tribunales de Casación son proclives a desconocer las interpretaciones que realizan los tribunales constitucionales de los textos legales. De esa forma se produce una dicotomía interpretativa entre dos altos tribunales: uno obligado a velar por la legalidad (Tribunal de

Casación) y otro con competencia para tutelar el principio de supremacía constitucional (los Tribunales Constitucionales).

Esta solución aunque tiene la ventaja de que permite una mayor creatividad de los operadores del derecho, presenta el inconveniente de que no confiere seguridad jurídica, pues en cualquier momento se puede producir una interpretación de la norma impugnada en la jurisdicción ordinaria que riñe con la Constitución, lo que obliga al perjudicado a plantear otra acción de inconstitucionalidad a fin de que la nueva interpretación sea también declarada inconstitucional.

Para resolver el problema existen dos sistemas en general: el alemán y el italiano, los cuales analizaremos a continuación.

## ***2.- La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Constitucional de Karlsruhe***

### **2.1- El texto del artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional alemán (BverGG)**

Es importante analizar el sistema alemán, pues el costarricense fue tomado de él con una pequeña adaptación. Dispone el artículo 31 de la BverGG lo siguiente: "(1) Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Lander, así como a todos los órganos judiciales y a las autoridades administrativas.(2) .En los casos a que se refiere el artículo 13, incisos 5, II, 12 y 14, la decisión del Tribunal Constitucional Federal tiene fuerza de ley. Lo mismo es aplicable también en los casos del artículo 13, inciso 8ª, si el Tribunal Constitucional Federal declara una ley compatible o incompatible con la Ley

Fundamental, o nula de pleno derecho. Si una ley es declarada compatible o incompatible con la Ley Fundamental o con otras normas federales, o nula de pleno derecho, se publicará el fallo por el Ministerio Federal de Justicia, en el Boletín Oficial Federal (Bundesgesetzblatt). Lo mismo se efectuará con los fallos en los casos del artículo 13, incisos 12 y 14 “.

## **2. 2.- Las tareas del Tribunal Constitucional Federal**

La doctrina alemana acepta, de manera pacífica, que las tareas del Tribunal Constitucional Federal no se circunscriben a decidir una controversia jurídica concreta con el fin de restablecer el orden jurídico violado, sino más bien cumple una labor pacificadora hacia el futuro, en el sentido de crear claridad jurídica, eliminando material eventualmente litigioso e impidiendo la repetición de las mismas controversias, además de los concretos deberes de protección e interpretación de la Ley Fundamental (**Geiger, Maunz, Hesse**).

De allí se deriva que las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, aunque continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, tienen una trascendencia y, por ende, una naturaleza distinta a la de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

## **2. 3.- Los problemas jurídicos derivados del sistema de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán**

En general, la exégesis del artículo 31 de la BvergGG plantea tres interrogantes importantes: a) ¿a quiénes obligan las decisiones del Tribunal Constitucional?; b) ¿

qué es lo que obliga de sus sentencias? y c) ¿durante cuánto tiempo deben ser obligatorias o vinculantes estas decisiones?

Para responder adecuadamente a las interrogantes planteadas, se deben delimitar primero tres conceptos fundamentales: los efectos de la cosa juzgada (Rechtskraft), los de la vinculación (Bindungswirkung) y los de la fuerza de ley (Gesetzeskraft), así como las relaciones entre los tres conceptos.

## **2.4.- La cosa juzgada en los procesos constitucionales**

En primer lugar es unánimemente aceptado que las sentencias del Tribunal Constitucional producen cosa juzgada, dado que provienen de un auténtico tribunal, por lo que sus decisiones despliegan los mismos efectos que las emitidas por los tribunales ordinarios (**Leibholz/Rupprecht con base en jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional**).

La especial posición jurídica de los Tribunales Constitucionales, que es radicalmente diferente de la del juez ordinario, se manifiesta de manera especial desde el ángulo de los efectos de sus decisiones, lo que implica que éstas deben desplegar otros y más amplios efectos que los propios de la cosa juzgada para cumplir de manera adecuada y equilibrada las funciones que le son propias, y concretamente Bindungswirkung y Gesetzeskraft. En otros términos, según el artículo 31 de la BvergGG, las sentencias del Tribunal Constitucional alemán vinculan a todos los tribunales y a todas las autoridades administrativas, hayan intervenido o no en el proceso, y, en algunos casos, también tienen fuerza de ley, con lo cual también vinculan a los particulares.

## 2.5.- La vinculación de todos los Poderes Públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional alemán

El fundamento jurídico de los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales es una expresión procesal concreta de los principios de seguridad y paz jurídicas—que las sentencias constitucionales deben asegurar— y de la necesidad de que ello no desemboque en el establecimiento de un rígido sistema de precedentes que le impida al Tribunal ir adaptando el Derecho de la Constitución a la cambiante realidad.

### 2.5.1.- La caracterización del concepto de vinculación

Como ha afirmado felizmente **Maunz**, “La cosa juzgada formal, la cosa juzgada material y los efectos de la vinculación (Bindungswirkung) corresponden a las decisiones del Tribunal Constitucional uno al lado del otro (acumulativamente); ningún efecto es idéntico a los otros y ninguno sustituye a los demás”.

Según este mismo autor, la diferencia entre los efectos de la cosa juzgada y los de la vinculatoriedad son de carácter subjetivo. En efecto, la vinculatoriedad se extiende más allá de las partes que intervienen en el proceso, a diferencia de la cosa juzgada que sólo vincula a las partes que intervinieron en él.

La doctrina considera que las sentencias del Tribunal Constitucional alemán vinculan a todos los órganos constitucionales, tribunales y autoridades administrativas en los casos futuros, en virtud de los especiales fines creadores de paz y seguridad jurídicas que el Tribunal debe necesariamente cumplir. También es pacíficamente aceptado que la vinculatoriedad se extiende a las tragende

Grunde (ratio decidendi), que se configuran como “aquella parte de la fundamentación de la decisión de la que no puede prescindirse en la deducción del Tribunal sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie” (**Maunz**). En otros términos, las consideraciones jurídicas de los Considerandos de las sentencias constitucionales que hayan sido decisivas para emitir el fallo también vinculan a los demás órganos estatales hacia el futuro.

Sin embargo, considera asimismo la doctrina alemana que con el fin de no congelar desarrollos constitucionales futuros, debe entenderse que el propio tribunal no queda vinculado a sus propias sentencias, siempre que no afecte los efectos producidos de la cosa juzgada. Es decir, el Tribunal tiene la posibilidad de revertir su propia jurisprudencia, a condición de que respete los efectos de cosa juzgada de sus anteriores sentencias, reducidos, solamente al tenor del fallo, es decir, al Por Tanto de la sentencia. De esa forma, el efecto de la cosa juzgada, respecto del propio Tribunal no se extendería a las ratio decidendi (tragende Grunde), como en cambio sí ocurre respecto de los demás órganos estatales.

### 2.5.2.- La ratio decidendi

Como indicamos supra, la ratio decidendi son las razones que han sido especialmente relevantes para la adopción de la decisión concreta del Tribunal Constitucional.

La doctrina alemana ha utilizado diversos razonamientos para justificar que la ratio decidendi de las sentencias del Tribunal Constitucional es también vinculante para los demás tribunales, los órganos constitucionales y las entidades administrativas. La principal de ellas, sostenida entre otros por **Geiger**, señala que la función del Tribunal es la interpretación de los principios de

la Constitución en relación con los cuales, el concreto conflicto jurídico constitucional es solamente el motivo, la ocasión que lo hace posible. Para ello se fundamenta, a su vez, en el propio texto del artículo 93.I.I de la Grundgesetz alemana, según el cual “el Tribunal Constitucional decide sobre la interpretación de esta Ley Fundamental con motivo de los conflictos...”.

En efecto, al Tribunal Constitucional le corresponde interpretar la Constitución, con el fin de crear claridad y seguridad jurídicas, lo que implica, desde el ángulo jurídico, vincular la futura conducta de los órganos y personas que resulten afectados por la resolución constitucional, evitando que comportamientos declarados constitucionalmente ilegítimos, puedan ser nuevamente reiterados, o fijándoles precisamente los derroteros que deben seguir para que su actuación se enmarque dentro del Derecho de la Constitución, lo cual, sin duda alguna, no podría hacerse si sólo el Por Tanto de la sentencia fuere vinculante, dado que los fallos de las sentencias miran siempre hacia el pasado, no hacia el futuro.

Por tal razón, el concreto conflicto jurídico planteado posee frente a la correcta interpretación constitucional del Tribunal y a su futura utilización uniforme por todos los órganos estatales, una menor significación, lo que conduce a la necesidad de extender la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional también a la ratio decidendi.

Debe aclararse, sin embargo, que la ratio decidendi, por constituir según las palabras de un jurista alemán en “aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir, por contraposición a los obiter dicta“(Rupp), impide que la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional se extienda a todos los razonamientos, por lo que se circunscribe

a aquella parte de los mismos que son relevantes para el fallo, es decir, a la parte de los Considerandos que soportan jurídicamente la decisión, de tal modo que no podría ser cambiada mediante deducción del Tribunal, sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie.

## 2.6.- La fuerza de ley de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal

Modernamente se considera que la fuerza de ley que el artículo 31 de la BverGG le confiere a las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, implica un refuerzo de la vinculación (eine weitere Steigerung der Bindung).

En efecto, mientras que la noción de vinculación extiende sus efectos a todos los órganos constitucionales, autoridades administrativas y tribunales, la fuerza de ley tiene la virtud de extender la vinculatoriedad también a todas las personas físicas y jurídicas, que podrían invocara su favor tales resoluciones y, en consecuencia, a todos obligarían, produciendo directamente para todos derechos y obligaciones, dado que todos están obligados por las leyes, no sólo las partes que intervinieron en el proceso, como ocurre con la cosa juzgada, o los órganos del Estado, como sucede con los efectos de la vinculación.

Dentro de este orden de ideas, la doctrina alemana reputa que la fuerza de ley que acompaña a las sentencias del Tribunal Constitucional Federal no produce exactamente los mismos efectos que las leyes, sino más bien semejantes, porque una sentencia del Tribunal Constitucional no puede considerarse ni como una ley en sentido formal, pues no crea un acto legislativo, ni en sentido material, dado que no crea normas jurídicas, limitándose, por el contrario, a enjuiciarlas (Leibholz/ Rupprecht).

Ahora bien, ¿en qué consisten esos efectos semejantes a la ley que producen las sentencias del Tribunal Constitucional alemán? Se trata jurídicamente de una vinculación general (Allgemeinverbindlichkeit), que se extiende más allá de quienes han sido parte en el respectivo proceso y sus sucesores, así como también más allá de los órganos o tribunales que resultan afectados con la vinculación del fallo. Se trata, por tanto, de una vinculación a favor y en contra de todos, es decir, de una auténtica vinculación erga omnes.

La fuerza de ley de las sentencias constitucionales sólo está referida a las sentencias estimatorias, puesto que la ley sólo puede tener efectos eliminadores y no constructores, dado que el Tribunal Constitucional no es un legislador, sino tan sólo un destructor de leyes.

Por ello, extender también los efectos de la fuerza de ley también a las sentencias desestimatorias impediría que quienes no han sido partes en el correspondiente proceso ni han tenido ocasión de serlo, pudieran tener la posibilidad de demostrar que la sentencia es errónea, que la norma confirmada es auténticamente inconstitucional y, por tanto, nula de pleno derecho.

Además, si a tales sentencias se les atribuyere efectos erga omnes al igual que a las estimatorias, en el fondo se les reconocería fuerza constitucional, puesto que se vedaría la posibilidad ulterior de discutir nuevamente su legitimidad constitucional.

## **2.7.- Los efectos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán**

Las tres preguntas que nos formulamos al principio del presente acápite pueden responderse en la siguiente forma: a) las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán vinculan a todos los órganos constitucionales, a los tribunales de justicia y a los órganos administrativos, así como también a todos los particulares, aunque no hayan sido parte del respectivo proceso constitucional, b) las sentencias vinculan no sólo en su parte dispositiva, sino también en su ratio decidendi, es decir, aquellas partes de los Considerandos que fundamentan el fallo y c) las citadas sentencias vinculan de manera indefinida a todos los sujetos jurídicos indicados en el punto anterior, pero no al propio Tribunal, el cual puede variar de criterio en cualquier momento. Por respeto al principio constitucional que consagra la interdicción de la arbitrariedad, los cambios de jurisprudencia deben razonarse debidamente.

## **3.- El sistema italiano del respeto al Derecho Viviente**

### **3.1.- Introducción**

Un sistema completamente diferente al alemán, en el que por disposición legal expresa se establece la vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, nos lo ofrece el ordenamiento italiano, en el cual no existe ninguna regulación sobre el particular.



Dicho sistema pasó de una concepción inicial de plena autonomía interpretativa de la Corte Costituzionale, lo cual planteaba el problema acerca del grado de vinculatoriedad de sus decisiones, a uno en que se respetan las interpretaciones pacíficas de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, es decir, el denominado derecho viviente.

Resulta interesante analizar este sistema a fin de compararlo con el alemán, pues como veremos luego, uno y otro tienen sus ventajas y debilidades.

### **3.2- La libertad interpretativa de la Corte Costituzionale**

Durante el funcionamiento de los primeros años de la Corte Costituzionale italiana se sentó la pacífica tesis jurisprudencial de la libertad interpretativa de dicho tribunal, en el sentido de que no se encontraba vinculado por la jurisprudencia de las otras jurisdicciones a la hora de interpretar las normas infraconstitucionales.

Dentro de este orden de ideas, en una de sus primeras sentencias la Corte reivindicaba para sí misma el poder y el deber de “interpretar con autonomía de juicio y de orientación la norma constitucional que se considera violada, así como la norma ordinaria que se acusa de violatoria” (**Sentencia 3/56**).

En una posterior resolución recalcó que establecer cuál debe ser el contenido de la norma impugnada es un presupuesto inderogable del juicio de legitimidad constitucional, el cual pertenece a la Corte Costituzionale, lo mismo que la comparación entre la norma interpretada y la norma constitucional, dado que uno y otros son partes inseparables del juicio de constitucionalidad (**Sentencia II/65**).

Aunque posteriormente comenzó a tener cabida la tesis de la importancia de los precedentes de otras jurisdicciones a la hora de interpretar las normas subconstitucionales, la Corte Costituzionale, sin embargo, siguió sosteniendo por algunos años más la tesis de su libertad interpretativa. Verbigracia, en el año 1969 indicaba el citado tribunal constitucional que “a los fines de la determinación autónoma que, no obstante las orientaciones jurisprudenciales... indudablemente competen a esta Corte, no se puede ignorar un elemento importante como es la opinión del Supremo juez de la interpretación de las leyes” (**Sentencia 69 / 69**). Comentado esta sentencia, un conocido autor dijo que “Deferencia, por tanto, no vínculo” (**Treves**).

No obstante, poco a poco la jurisprudencia de la Corte Costituzionale comenzó a evolucionar hacia la aceptación de la tesis del derecho viviente. En efecto, la Corte empezó a utilizar expresiones, en relación con la jurisprudencia de la Corte de Casación, tales como “no se puede prescindir”, “no puede dejar de hacer suya”, “no puede dejar de tomar nota “está vinculada”, “no es consentido”, etc. (**Entre otras, las sentencias 47/ 78 ; 54/ 80 y II/ 81**).

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale estaba lista para dar el gran salto hacia la aceptación plena de la tesis del derecho viviente, lo cual ocurrió en la sentencia número 33 de 1981

### **3.3- La sujeción a la teoría del derecho viviente**

Por derecho viviente se entiende la fórmula que alude a la aplicación del derecho formalmente vigente. Por tanto en espera de vivir en sus aplicaciones. Por tanto, la doctrina del derecho viviente implica la uniformidad de las aplicaciones (**Zagrebelky**).

Cuando existan divergencias aplicativas no existe derecho viviente, sino más bien tentativas de derecho viviente, por lo que en tal caso el ejercicio de la autonomía interpretativa de la Corte resulta inevitable. Naturalmente, no se puede pretender una uniformidad absoluta. Lo que cuenta es la existencia de una consistente orientación prevaleciente. Lo anterior nos plantea inmediatamente una pregunta importante: ¿Cuándo esa orientación puede considerarse existente?

En la concepción del derecho viviente que tiene la Corte Costituzionale italiana se le confiere una gran importancia a la jurisprudencia de la Corte de Casación, sobre todo cuanto sus Secciones actúan unidas. Dentro de este orden de ideas, vale la pena citar dos importantes sentencias de la propia Corte.

En la primera de ellas dijo que “no cabe ninguna duda que en el proceder al escrutinio de la constitucionalidad... esta Corte está obligada a tomar partido por el principio de derecho enunciado por la Corte de Casación. En presencia de más de una orientación interpretativa, si ello no excluye la posibilidad misma de individualizar un derecho viviente, la Corte se orienta a asumir como tal aquél compartido con la Corte de Casación. De otro lado, en ausencia de pronunciamientos de la Corte de Casación, no es fácil que la Corte reconozca un derecho viviente” (**Sentencia 24/ 82**).

En la segunda fue más explícita y dijo que “Se trata, innegablemente, de una interpretación demasiado difundida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Además, permite excluir que se trate, por el momento, de considerar formado un derecho viviente, la falta de precedentes en la jurisprudencia de la Corte de Casación y, junto, al todavía breve período de aplicación del instituto en cuestión, totalmente

nuevo para nuestro ordenamiento... sea bajo el perfil de la introducción de sanciones sustitutivas de la detención, sea sobre todo bajo el perfil de su aplicabilidad por solicitud del imputado...” (**Sentencia 120/ 84**).

El propio Presidente de la Corte Costituzionale de entonces, afirmaba que “La Corte tiende a no contraponer una interpretación propia a aquella consolidada de la Corte de Casación, pero, en homenaje también en esta hipótesis al derecho viviente, declara con inmediatez la inconstitucionalidad de la norma, si bien esta sea de por sí susceptible de una lectura conforme con la Constitución” (**Elia**).

El cambio de orientación jurisprudencial de la Corte Costituzionale italiana hacia la plena aceptación de la teoría del derecho viviente encuentra fundamento en la naturaleza misma del juicio de constitucionalidad sobre las leyes: primero, un juicio abstracto sobre las potencialidades futuras de la ley (es decir, de la ley como derecho viviente en potencia); después, un juicio concreto sobre la efectividad actual de la ley (es decir, de la ley como derecho viviente en acto). Por tanto, la ley no viene condenada ni absuelta por aquello que podría valer, sino por aquello que efectivamente vale. Según un autor italiano “el juicio, aunque no siendo propiamente un juicio acerca de cómo las relaciones están reguladas por la norma, es todavía un juicio sobre normas en cuanto reguladoras de relaciones” (**Luciani**).

Otro jurista italiano, en feliz expresión, ha dicho que “Nos hemos metido en la norma como es generalmente entendida. Esta (en otros términos, el derecho viviente) constituye, en el estado actual de la justicia constitucional, el punto de sutura entre la interpretación judicial y la interpretación de la Corte, el inexpresado pacto constitucional dirigido a resolver el

dualismo en aquella parte de la función de control sustancial de legitimidad constitucional constituida por la interpretación del texto denunciado “**(Modugno)**).

De esa forma la Corte Costituzionale aplica la doctrina del derecho viviente en la interpretación de las normas subconstitucionales sometidas al control de constitucional. Sólo cuando no exista derecho viviente sobre la materia en cuestión, la Corte ejercita su autonomía interpretativa, sobre todo a través de las denominadas sentencias interpretativas, ya sea estimatorias o desestimatorias.

En este último caso, su interpretación alcanza un alto grado de vinculatoriedad por la autoridad de donde emanan, pero no existe ninguna obligación, salvo en el caso concreto en que se planteó la respectiva consulta judicial de constitucionalidad, de acatarla por parte de los demás tribunales y de los órganos administrativos, así como por los particulares, lo cual, sin duda alguna, crea una situación de inseguridad jurídica.

## **II.- La solución en el ordenamiento costarricense**

La otra solución, es la consagrada por el artículo 13 de la LJC, que establece la obligatoriedad erga omnes de la jurisprudencia y precedentes del juez constitucional, de manera tal que sus interpretaciones sobre los alcances de las normas o actos sujetos al control de la jurisdicción constitucional son vinculantes y de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos.

Esta solución tiene el inconveniente de que impide la interpretación creadora de los jueces y funcionarios administrativos, los

cuales podrían perfectamente ensayar varias interpretaciones posibles de la legislación infraconstitucional, todas ellas compatibles con el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, tiene una ventaja innegable: hace posible que reine la seguridad jurídica e impide que surjan conflictos interpretativos con la jurisdicción ordinaria, sobre todo con las Salas de Casación.

En cuanto a la aplicación judicial de los precedentes de la Sala a otros supuestos similares, la jurisprudencia ha dicho que “lo que cabe entonces es que la Ley Orgánica del Poder Judicial -razonablemente- dispone que los funcionarios que administran justicia no podrán aplicar o interpretar leyes de manera contraria a los precedentes o Jurisprudencia de la Sala Constitucional (artículo 8 inciso 1) in fine). En este caso, la ley ha deseado dejar que cualquier tribunal, precisamente, aplique esos precedentes y Jurisprudencia, con los criterios y parámetros que la propia Sala ha tenido, porque esa es la forma de hacer efectiva la disposición que a su vez, contiene el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional” **(Voto 2582-94)**.

Finalmente nuestro máximo intérprete constitucional ha señalado que sus fallos son aplicables a quienes no fueron parte en el expediente pero que están en la misma condición. Fundamentó esta interpretación en los siguientes términos: “Lo anterior en razón de la eficacia erga omnes que la ley atribuye a los pronunciamientos de la Sala (artículo 13), que determina que quienes se encuentren en la misma situación que los que recurren en cualquier dependencia de la Administración Pública, deben ser beneficiados -en acatamiento del fallo y al artículo citado- con lo resuelto en la sentencia” **(Voto 279-1-98)**.

## 1.- Fundamento constitucional

El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece el principio de que la jurisprudencia y los precedentes de la Sala Constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.

Esta norma es la expresión legislativa de un principio constitucional que se construye por dos vías diferentes: primero, por medio de la interpretación armónica del artículo 42 de la Carta Política, en cuanto le otorga la autoridad de cosa juzgada a las resoluciones de la Sala en los distintos procesos constitucionales.

En efecto, es sabido que la eficacia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales es doble: hacia el pasado, al igual que en materia civil, y hacia el futuro, pues de lo contrario, las autoridades públicas, en el uso del privilegio de su decisión ejecutoria —del que carecen los particulares— podrían hacer inoperante las sentencias que recaigan en aquellos procesos, mediante la emisión de nuevas disposiciones o actos similares a los anulados. Es decir, las sentencias en la jurisdicción constitucional cumplen una tarea de prevención hacia el futuro, a fin de evitar que futuras decisiones de los órganos públicos puedan lesionar el Derecho de la Constitución.

Consecuencia de lo anterior, la cosa juzgada en los procesos constitucionales vincula a todos, inclusive a los que no fueron parte del proceso, es decir, tienen eficacia erga omnes, salvo para el propio tribunal que la dictó la resolución.

De la eficacia particular que tienen las resoluciones en la jurisdicción constitucional se deriva lógicamente el principio constitucional de la vinculatoriedad erga omnes de las sentencias de la jurisdicción constitucional,

salvo para sí misma, conforme lo explicita el artículo 13 de la LJC.

De lo contrario no sería jurídicamente factible explicarse el porqué las decisiones de esa Sala vinculan a las otras Salas de la Corte, las cuales se encuentran a su mismo nivel jerárquico e, inclusive, están dotadas de especialidad por razón de la materia.

Pero también existe otra vía para llegar a la misma conclusión anterior: el de vinculatoriedad erga omnes de los precedentes de la Sala Constitucional, salvo para sí misma, es uno de aquellos principios que son recabables de la legislación ordinaria, en virtud del principio de regularidad jurídica, desarrollado, como sabemos, en forma amplia por Kelsen.

En virtud de ese principio, que excluye la existencia de espacios vacíos de Derecho Constitucional, toda norma tiene necesariamente que fundar su validez en otra de rango superior. Por consiguiente, el artículo 13 de la LJC, para ser constitucionalmente válido, presupone la existencia de un principio constitucional que le otorgue fundamento normativo.

De esa forma queda claro que el principio de la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional tiene un doble fundamento constitucional: el primero en el artículo 42 de la Carta Política y el segundo en el principio constitucional de regularidad jurídica.

## 2. Los alcances jurídicos de la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional

Como indicamos supra, la norma que establece la vinculatoriedad de los precedentes de la Sala Constitucional se encuentra contenida en el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Dado que el sistema adoptado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional en la materia fue tomado, con algunas pequeñas precisiones, del modelo alemán, es forzado concluir que se aplican las mismas conclusiones alcanzadas respecto de éste.

¿A quiénes obligan las resoluciones estimatorias de la Sala Constitucional?

La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional es algo diferente de los efectos propios de la cosa juzgada material, tal y como se la concibe en los procesos civiles ordinarios.

En efecto, en tales procesos la cosa juzgada material cumple dos funciones: una negativa, según la cual existe una prohibición para las partes que intervinieron en el proceso de cuestionar la decisión y para plantear una nueva acción judicial que contradiga eventualmente la sentencia dictada en primer lugar, lo cual se fundamenta en la necesidad de garantizar la paz y la seguridad jurídicas, dando por finalizadas en un determinado momento las controversias jurídicas, lo cual se concreta, desde el punto de vista procesal, en la imposibilidad de abrir un nuevo proceso.

La función positiva, en cambio, consiste en impedir que en un nuevo proceso se decida de modo contrario a como el caso fue fallado con anterioridad.

Sin embargo, en los procesos constitucionales, dicho concepto resulta insuficiente, por lo que se hace necesario echar mano al de “vinculatoriedad”, el cual implica el de cosa juzgada, pero al mismo tiempo es jurídicamente algo más.

Dado que en los procesos constitucionales una de las partes que interviene, directa o

indirectamente, es el Estado, su participación matiza y modifica los efectos procesales de la cosa juzgada.

Si los efectos de la cosa juzgada no vincularan al Estado en los procesos constitucionales, aquél, mediante la utilización del privilegio de la decisión ejecutoria —del que carecen los particulares— podría hacer inoperante y nugatorias las sentencias que recaigan en aquellos. Para ello, por ejemplo, le bastaría con dictar un nuevo acto o disposición de contenido contrario al anulado, ya sea por el mismo órgano recurrido o por otro diferente.

De allí se deduce que la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional es más amplia que la de la cosa juzgada en los procesos civiles, dado que vinculan tanto al recurrente, a los coadyuvantes, a las demás partes si las hubiere, así como a la Administración recurrida y demás órganos y entes estatales. Es decir, tales resoluciones tienen efectos erga omnes.

Debe aclararse, sin embargo, que tal conclusión no es válida respecto de los amparos contra sujetos de Derecho Privado, en cuyos procesos, por no intervenir directa ni inmediatamente un órgano estatal, los efectos de la respectiva sentencia no puede vincularlos en forma diferente a como lo hace la cosa juzgada en los procesos civiles ordinarios.

Tampoco las resoluciones de la Sala son vinculantes en las consultas legislativas voluntarias, salvo que se establezcan vicios en el iter legislativo.

Conviene subrayar que las resoluciones de la Sala Constitucional obligan positivamente a todos los órganos y entes estatales, al cumplimiento de lo allí decidido. Por

consiguiente, el Estado tiene prohibición absoluta para reproducir, total o parcialmente, los actos o disposiciones anulados por medio de la misma Administración recurrida o de cualquier otra autoridad administrativa. Cuando se trate de la anulación de leyes, la Asamblea Legislativa queda inhibida para dictar nuevas disposiciones con contenido igual al de las normas declaradas inconstitucionales.

Si a pesar de tal prohibición, tales actos o normas se dictaren, su anulación puede hacerse por la misma Sala, dentro del mismo proceso constitucional, mediante los procedimientos de ejecución de sentencia, sin necesidad de que el afectado tenga que plantear un nuevo juicio. En nuestro ordenamiento, este principio se recoge en el artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al disponer que “Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas...inclusive en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo”.

La jurisprudencia de la Sala ha recogido este principio, al resolver una acción de inconstitucionalidad en la que volvió a declarar nula una nueva norma legal cuyo contenido era idéntico a uno declarado previamente como contrario a la Carta Política (**Voto 193-92**).

Por otra parte, un nuevo acto administrativo que reproduzca total o parcialmente el anulado, no puede variar el objeto del proceso en curso ni del ya finiquitado por sentencia firme, pues el momento temporal de su otorgamiento no alcanza por sí sólo a justificar la diferencia del objeto procesal, que no depende ya del acto administrativo individualizado, sino más bien del contenido material de los sucesivos actos administrativos emitidos, de tal modo que

únicamente la diferencia corporal, física, de estos actos no alcanza a eliminar la identidad del objeto del proceso (**Lucke**).

De lo anterior se concluye, asimismo, que el particular al plantear el respectivo proceso constitucional pone en juego una pretensión material a la omisión de futuras intervenciones o ataques al mismo contenido, si la situación fáctica y jurídica permanece idéntica. En consecuencia, la demanda de impugnación tiene un carácter preventivo al comprender bajo su alero todas las medidas iguales a la impugnada, prescindiendo del momento del surgimiento de su eficacia.

En cuanto a la aplicación judicial de los precedentes de la Sala a otros supuestos similares, la jurisprudencia ha dicho que “En este caso, la ley ha deseado que cualquier tribunal, precisamente, aplique esos preceptos y jurisprudencia, con los criterios y parámetros que la propia Sala ha tenido, porque esa es la forma de hacer efectiva la disposición que a su vez, contiene el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional” (**Voto 2582- 94**).

Finalmente, nuestro máximo intérprete de la Constitución ha señalado que sus fallos son aplicables a quienes no fueron parte en el expediente, pero que se encuentran en la misma condición. Para ello, fundamentó esta interpretación en los siguientes términos: “Lo anterior en razón de la eficacia erga omnes que la ley le atribuye a los pronunciamientos de la Sala (artículo 13), que determina que quienes se encuentren en la misma situación que los que recurren en cualquier dependencia de la Administración Pública, deben ser beneficiados —en acatamiento del fallo y al artículo citado— con lo resuelto en la sentencia” (**Voto 279-I-98**).

La vinculatoriedad de los precedentes y jurisprudencia de la jurisdicción constitucional no opera para sí misma, dado que siempre debe existir la posibilidad de que la Sala pueda variar de criterio, ya sea por un cambio de integración o bien por un cambio sobreviniente de las circunstancias.

La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la aplicación de los precedentes a otros casos concretos en los siguientes términos: “Lo que más le puede indicar esta Sala a quien presenta la gestión que conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Jurisprudencia y los precedentes son vinculantes “erga omnes”, salvo para sí misma, de tal forma que quienes se encuentren en la misma situación que los que recurren en cualquier dependencia de la Administración Pública, deben ser beneficiados -en acatamiento del fallo y al artículo citado- con lo resuelto en la sentencia; pero si no pudieren obtener ese beneficio por negativa de la Administración a declararlo a su favor, pueden plantear acción de amparo citando como antecedente la resolución (previa) de esta Sala” (**Voto 115-92**).

¿Qué es lo que obliga de las resoluciones de la Sala Constitucional?

Al igual que en Alemania, se debe concluir que las resoluciones de la Sala son vinculantes no sólo en su parte dispositiva, sino también en su ratio decidendi, es decir, aquellas razones o motivos incluidos en los Considerandos sin los cuales el fallo no podría existir.

El fundamento de tal posición se encuentra en la función de la jurisdicción constitucional como intérprete supremo del Derecho de la Constitución, que consiste en crear claridad y seguridad jurídicas, para lo cual requiere vincular

la conducta futura de los órganos estatales y de los particulares, indicándoles precisamente el marco dentro del cual puede discurrir su conducta futura y estableciendo, de manera concomitante, la prohibición de que se repitan actos y conductas previamente declaradas en esa vía como inconstitucionales.

Como los fallos de las sentencias miran siempre hacia el pasado, no al futuro, se requiere que la parte considerativa de aquéllas esté siempre dotada de vinculatoriedad, a condición de que constituya el soporte fáctico y jurídico de la parte dispositiva.

En efecto, es en la parte considerativa del fallo donde se establece la motivación de la sentencia de anulación y las razones por las cuales el acto o la norma impugnados son constitucionalmente ilegítimos a juicio de la Sala Constitucional.

Por tanto, las sentencias estimatorias en los procesos constitucionales, además de anular el acto o la norma lesivos del Derecho de la Constitución, prohíben simultáneamente la repetición de tales actos o normas violatorios, pues como dice un autor español “El fallo es explícito no sólo en su contenido anulatorio, sino en la expresión del motivo determinante de la nulidad, cuya inclusión en la parte dispositiva de la sentencia en contra de lo habitual, hace pensar que iba específicamente dirigida a advertir a la Administración la imposibilidad de reincidir mediante otra disposición semejante en igual causa invalidante” (**Fernández Rodríguez**).

La jurisprudencia de la Sala Constitucional inicialmente, por una mayoría dividida de cuatro a tres, consideró que sólo la parte dispositiva de la sentencia era susceptible de ser adicionada y aclarada, dado que la eficacia de la cosa

juzgada no cobija a los considerandos. Esta tesis, desde luego, era errada puesto que partía del concepto civilista de la cosa juzgada, lo cual es insuficiente para explicar jurídicamente los alcances de la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitución, según quedó anteriormente explicado.

El voto salvado, en cambio, admitió correctamente la tesis de que los considerandos de las sentencias de la Sala con también vinculantes, al disponer que “El carácter vinculante de la sentencias de la Sala (artículo 113 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), no se encuentra restringido sólo a la parte dispositiva del pronunciamiento, sino que abarca la “ratio decidendi”, las razones que han dado lugar al pronunciamiento, ello conlleva a concluir que los fundamentos de la decisión, incorporados al fallo en su parte considerativa, también deben ser susceptibles de adición o aclaración cuando por la oscuridad o ambigüedad de los términos en que fueron redactados no permite su fiel inteligencia o se haya dejado de fundamentar algún punto que sí fue materia del decisorio... Circunstancia diferente se presenta en relación con los pronunciamientos jurisdiccionales en materias no constitucionales, en los que las consideraciones no tienen efecto fuera del caso concreto y por ello sólo procede la adición o aclaración del decisorio propiamente dicho“ (**Voto 1934- 92**).

Posteriormente la tesis del voto de minoría terminó siendo aceptada por el pleno de la Sala, con lo cual se admitió la vinculatoriedad de los considerandos de las sentencias constitucionales en los siguientes términos: “Se hace la indicación, conforme a lo que ya ha dispuesto la Sala, que la vinculatoriedad que caracteriza la jurisprudencia constitucional, se refiere tanto a la parte considerativa como

dispositiva de la sentencia, en el tanto que aquélla claramente condiciona y determina ésta (artículo 113 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)“ (**Voto 7062-95**).

Dentro de este orden de ideas y para concluir este tema, baste con recordar las palabras de un jurista alemán: “puede afirmarse —y así lo demuestra la práctica de los tribunales de otros países— que las motivaciones, la ratio o el discurso lógico de una sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación“ (**Stern**).

### **2.3. ¿Durante cuánto tiempo son vinculantes las sentencias dictadas por la Sala Constitucional?**

Debido al dinamismo y al insoslayable ingrediente político que está siempre presente en la mayoría de las resoluciones de la jurisdicción constitucional, los efectos de las sentencias no pueden ser iguales que en el Derecho Procesal general, donde, como es sabido, la eficacia de la cosa juzgada le pone una loza sepulcral al proceso, impidiendo, salvo los excepcionales casos de revisión, que lo fallado en aquél pueda ser revisado nuevamente por el mismo tribunal u otro diferente en el futuro.

Sin embargo, en los procesos constitucionales es necesario que los propios tribunales de esa jurisdicción mantengan la posibilidad de variar sus decisiones en casos similares en el futuro, e inclusive puedan anular sentencias desestimatorias cuando, por errores evidentes, se haya dejado de amparar la violación de un derecho fundamental.



Dentro de esta óptica, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece el principio de que los precedentes de la Sala no son vinculantes para ella misma. En esta norma se subraya el carácter de la Sala como supremo intérprete de la Constitución y, en segundo lugar, se deja abierta la posibilidad de que su jurisprudencia pueda variar de acuerdo con las circunstancias y conforme cambie el criterio de los jueces constitucionales o la integración del citado tribunal.

En cuanto a los límites temporales de la vinculatoriedad de las resoluciones dictadas por la Sala Constitucional, se debe necesariamente concluir que su eficacia queda enervada si en relación con el resultado obligatorio de la sentencia se produce un cambio fundamental en “las relaciones de la vida o de la opinión jurídica general”, conforme lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Baviera en Alemania, dado que ello vendría a suponer, en la realidad, una auténtica mutación de la situación fáctica inicial, lo que autoriza al tribunal para desconocer la cosa juzgada de la decisión anterior y resolver por medio de una nueva sentencia la misma cuestión de modo diferente.

La praxis de la Supreme Court de los Estados Unidos está jalonada por numerosos ejemplos de cambios jurisprudenciales propios, ya sea por una variación en la opinión de los jueces o por un cambio en su integración.

La potestad de la Sala Constitucional para anular sus propias resoluciones no está contemplada expresamente en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pero la consideramos de principio, puesto que de lo contrario no sería posible que, en determinados casos, la propia Sala pudiera corregir, de manera ágil

y sin procesos adicionales, evidentes errores cometidos en una resolución suya anterior en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A la admisión de semejante potestad coadyuva el principio de que la acción para solicitar el amparo de un derecho fundamental conculcado es imprescriptible. De esa forma, ese derecho de acción puede ejercitarse ante la jurisdicción constitucional, cuando uno de sus fallos no haya amparado, por error u omisión, un derecho fundamental del recurrente.

Las fortalezas y debilidades del sistema costarricense.

La solución sobre la obligatoriedad de las resoluciones de la Sala adoptadas por nuestra legislación tiene fortalezas y debilidades que analizaremos de inmediato.

La principal ventaja del sistema costarricense es que hace posible que reine la seguridad jurídica e impide que surjan conflictos interpretativos con la jurisdicción ordinaria, sobre todo con las Salas de Casación, al unificar la interpretación de las normas subconstitucionales.

En efecto, en los países en que las resoluciones de los tribunales constitucionales no son vinculantes para los tribunales de justicia y los órganos administrativos, existe una gran proclividad a desconocer las interpretaciones que realizan aquellos de las normas subconstitucionales, alegando que existe una dicotomía interpretativa: los tribunales de Casación son los máximos garantes de la legalidad y, por tanto, los obligados a interpretar, en última instancia, las leyes, en tanto que a los tribunales constitucionales sólo les corresponde velar por el principio de supremacía constitucional.

En la praxis, la falta de vinculatoriedad produce una gran inseguridad jurídica, salvo que se adopte el sistema italiano de que la Corte Costituzionale se sujete, en la interpretación de las normas infraconstitucionales, al derecho viviente que dimana de la jurisprudencia de la Sala de Casación.

Por otra parte, su mayor debilidad estriba en que impide una mayor creatividad de la jurisprudencia, pues los diferentes operadores jurídicos —tribunales, órganos administrativos, etc— no pueden realizar interpretaciones de las normas subconstitucionales que sean diversas de las realizadas por la Sala Constitucional.

Perfectamente esos órganos —como ocurre en los ordenamientos en que no existe la vinculatoriedad de las resoluciones de sus tribunales constitucionales— pueden realizar interpretaciones de las normas subconstitucionales diferentes de las que realiza la Sala Constitucional y que sean también conformes con el Derecho de la Constitución. De esa forma se enriquece notablemente la jurisprudencia constitucional.

En el caso costarricense, la interpretación que hace la Sala de una norma subconstitucional se

convierte en exclusiva y excluyente, pues debe ser acatada erga omnes, hasta que el propio tribunal constitucional no cambie de criterio. Esto conlleva, como es lógico deducirlo, a una congelación de la jurisprudencia, lo que puede ser grave, sobre todo cuando la interpretación vinculante de la norma infraconstitucional dada por la Sala haya sido errónea, como ocurre, desgraciadamente, con alguna frecuencia.

Sin embargo, haciendo una comparación de las ventajas y debilidades del sistema nuestro, se puede concluir que el balance es positivo, pues su praxis ha permitido poner orden y crear seguridad jurídica en materias en las que antes de la existencia de la Sala existía una gran dispersión e incertidumbre.

Desde este punto de vista, las reiteradas interpretaciones que le dio la jurisprudencia de la Sala al anterior Código de Procedimientos Penales para ajustarlo a los principios y normas constitucionales relativos a las garantías del proceso penal, hicieron posible la atenuación del sistema inquisitorio que dicho texto legal consagraba. De esa forma, los derechos del imputado comenzaron a ser finalmente respetados, con lo cual se logró darle rostro humano al proceso penal costarricense.

# DERECHO AGRARIO CONTEMPORÁNEO Y DERECHO AGRARIO AAA

*Ricardo Zeledón Zeledón  
Presidente Emérito de la UMAU*

*A Alfredo Massart y Pietro Romano Orlando,  
un producto de intensas reflexiones mutuas  
para reformular nuestra disciplina hacia el futuro,  
ahora que no está entre nosotros el Maestro.*

(\*) Relación presentada al X Congreso de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), celebrado en Rosario, Argentina, del 4 al 7 de noviembre del 2008.

El surgimiento del Derecho agrario contemporáneo.

El Derecho agrario contemporáneo será el movimiento jurídico más avanzado de todos los tiempos de la disciplina iusagraria. Como movimiento jurídico evolutivo también es científico y cultural, respetuoso de los avances del Derecho de los diferentes sistemas jurídicos y de las exigencias de la conciencia jurídica internacional. Debe ser abierto a los cambios, dinámico, en permanente debate para enfrentar hipótesis y contrahipótesis, interdisciplinario e interdependiente con otras ramas jurídicas. Está encaminado a reformular el Derecho agrario tomando en cuenta su pasado reciente, los aportes de la doctrina clásica y moderna, para asumir los nuevos desafíos y movimientos de hoy y mañana. Su fin consiste en proyectar hacia el futuro toda la herencia doctrinal con los aportes de la

evolución del Derecho en general y los valores provenientes de los derechos fundamentales, para resolver los problemas, vicisitudes y desafíos formulados por los nuevos tiempos a actividades agrarias entrelazadas con tantos fenómenos jurídicos, políticos e ideológicos. En su construcción científica profundizará en sus fuentes, su método tridimensional, su contenido. Desarrollará la interpretación jurídica como instrumento para darle completitud y organicidad al agrario a través de sus principios, la axiología y la Cultura. En esta forma aspira a darle a la entera disciplina un tratamiento sistemático de sus estructuras y funciones, pensando en la enseñanza universitaria y postuniversitaria para el nuevo siglo y el nuevo milenio.

El derecho agrario contemporáneo se encuentra representando por el proceso evolutivo hacia la culminación reciente, incluso actual, de un sistema jurídico, orgánico y tendencialmente completo, con su propio sistema de fuentes (formales y materiales), en el ámbito internacional y nacional, como ***ius comunis***.

En él se cristaliza la herencia de una función económica y social de sus institutos (en permanente metamorfosis con su transformación, evolución o extinción), junto al nuevo patrimonio de muchos otros institutos provenientes de la consolidación jurídica de actuales movimientos encargados en redefinir o crear originales, siempre vinculados a las actividades agrarias y sus fenómenos paralelos.

El Derecho agrario contemporáneo, como proceso evolutivo, lleva en su seno las fuentes de ayer, las de hoy, en una visión futurista, de proyecciones posibles ahora e incalculables en el mañana próximo. Desde las estructuras provenientes del Derecho romano hasta las novedosas funciones definidas y redefinidas según las exigencias y los cambios de los nuevos tiempos o pensados para el mañana. Su génesis se ubica cuando finalmente se rompe con ideas reduccionistas de ubicar su contenido en unas cuantas normas o pocas obras doctrinarias, de un determinado país o un continente, en una época concreta, sin método jurídico o con oscuridad en el tratamiento del sistema de fuentes, en una descripción tradicional de la doctrina de libros sobre libros (a través de manuales, textos, monografías, encargados de repetir pensamientos ajenos), con una enseñanza deficiente que no encuentra respuesta a los problemas desconocidos del mundo jurídico de los momentos avanzados, en la letra específica de las leyes, en el posible pensamiento del legislador, o en los obras escritas pero jamás pensadas para constituir respuesta satisfactoria a las vicisitudes cada vez más complejas del mundo de las actividades agrarias entrelazadas con innovadores fenómenos jurídicos, políticos e ideológicos.

Empero, la nueva etapa del Derecho solo logrará iniciarse cuando, aún con deficiencias culturales de los grandes avances del Derecho

de estos días, se consiga percibir o sentir la necesidad de adaptarse a los fenómenos jurídicos y axiológicos donde ahora se debate el Derecho y la Humanidad.

Son fenómenos hasta hace poco difícilmente calificables como principios generales o valores universales, sorprendentemente cristalizados, de un momento a otro, en pilares indiscutibles del Derecho. En su institucionalización ha participado desde luego el legislador ordinario o constitucional a introducir recientes textos legislativos. También jueces capaces de construir el Derecho sin necesidad de normas escritas, en el vacío normativo, para concebir una jurisprudencia más acorde a los tiempos, en vez de forjarse mecánicamente en los viejos cuerpos normativos. En esta tarea tanto el legislador como el Juez podrán inspirarse en la inteligencia y la cultura de los científicos del Derecho agrario.

Porque el agrario no es una isla dentro del Derecho. No es un fenómeno independiente o autónomo de las ramas jurídicas. Es consecuencia de la necesidad de reglas de los seres humanos para unas ciertas actividades en un mundo en constante evolución y cambio. El agrario debe cumplir una función dentro del mundo económico, social, cultural. No puede ser obra del pasado, ni para el pasado, menos de un conjunto de académicos desligados de la operatividad real y actual, o soberbios ignorantes de la Cultura. Cuán lejos está el Derecho agrario contemporáneo de los designios desordenados del legislador de antaño

El Derecho agrario contemporáneo surge cuando, con los ajustes culturales de los nuevos tiempos, lo impactan tres fenómenos: uno jurídico, otro axiológico y además uno fáctico, fenómenos todos cada vez más difíciles de comprender con los criterios antiguos.

El jurídico fue el descubrimiento de las nuevas dimensiones. Tanto las dimensiones impulsadas por los grandes cambios ocurridos en el Derecho como los surgidos a partir de la solidaridad internacional. Las nuevas dimensiones surgidas del Derecho, en general, son los mercados internacionales, el ambiente, el desarrollo y un nuevo sentido de la justicia: temas todos aparecidos en el siglo pasado para tener connotaciones importantísimas en los tiempos venideros. Las nuevas dimensiones surgidas de la solidaridad internacional son la seguridad alimentaria y la paz. Todos ellos aportan institutos y conceptos mucho más avanzados para el Derecho agrario, algunos más simples, otros gigantescos como el desarrollo sostenible.

El fenómeno axiológico es consecuencia directa de las nuevas dimensiones. Porque con los conceptos avanzados del Derecho y la solidaridad internacional se reiteró la importancia de un acertado acercamiento a los derechos humanos, tanto los de la segunda como de la tercera generación, para darle un sentido más humano al Derecho agrario contemporáneo, una explicación filosófica, un alma, donde se reubica otra vez en el centro del sistema al ser humano, sus actividades agrarias, no las cosas.

Finalmente, el fenómeno fáctico es producto de las originales y emergentes realidades, no exclusivamente sociológicas. Son innovadas realidades económicas, políticas, ideológicas. Dentro de ellas el hecho técnico y el hecho político. Fuentes materiales de extraordinario valor real porque llevan en su seno complejos problemas imprevistos, problemas no normativizados, inimaginados por el legislador.

Todos estos fenómenos han dado como consecuencia un reconocido enriquecimiento del contenido de la disciplina. De una

disciplina muy distinta a la didáctica tradicional relacionada con el Derecho agrario clásico e incluso del moderNº

Esto permite redescubrir una disciplina con un fortalecimiento impresionante, dinámica, vinculada con audacia a las nuevas realidades y a las demás disciplinas jurídicas.

El resultado inmediato ha consistido en identificar un verdadero sistema de fuentes: con gran complejidad y dispersión de las formales, ubicadas en todos los estratos de la pirámide jurídica, junto a abundantes fuentes materiales de los hechos y los valores de la humanidad, en un proceso de multiplicación constante y acentuada.

El Derecho agrario de hoy es bastante distinto del Derecho agrario clásico. El de los comienzos, vinculado a la tierra o a un cierto tratamiento de la producción agraria en armonía con los recursos naturales. Su doctrina permitió identificar la génesis de una compleja especialidad dentro de la normativa del Derecho privado, aún cuando en su difícil labor de inicio tropezó con grandes problemas jurídicos de sus tiempos y las limitaciones de sus cultores no lograron darle a la disciplina la grandeza requerida.

También el Derecho agrario de los nuevos tiempos encuentra grandes diferencias con el Derecho agrario moderno, acrisolado en la empresa agraria, en la actividad agraria, en la agrariedad, con mayor valentía para reconocer su rol dentro del mercado. Porque al Derecho agrario moderno le correspondió actuar en la segunda mitad del siglo pasado cuando todos los cambios no se habían precipitado. Cuando, aún con los grandes esfuerzos de una mente abierta y reflexiva, era imposible imaginarse todo lo ocurrido en poco tiempo.

Lo que sí debe admitirse como una herencia invaluable de esta etapa, con un instrumental técnico jurídico de mayor análisis y reflexión, fue el intento serio de construcción de su propia teoría general en la temática de la identificación de sus institutos del objeto, del método, de los principios generales, de la codificación, de las nuevas dimensiones, y muy especialmente los desafíos de la disciplina frente a los nuevos tiempos.

Su característica en el plano científico se encuentra constituida por un proceso cultural, no ideológico sino histórico, de un trato más acabado y universal de los instrumentos de los diversos sistemas jurídicos contemporáneos, en todos los tiempos, entrelazados pese a las resistencias de unos y otros, fuertemente acompañado por una corriente científica madura impulsora de la difícil tarea de la sistemática del Derecho agrario, seguidora del arduo trabajo de la construcción del pensamiento agrarista de casi un siglo, con el sello indeleble de los aportes de las diferentes escuelas y etapas de progreso intelectual.

Los congresos de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado, de Florencia, y el Comité Americano de Derecho Agrario son fiel testimonio de la forma como se fueron abordando estos temas, no así en la mayoría de la obra jurídica publicada.

El Derecho agrario contemporáneo se va a identificar con un tratamiento científico más avanzado, arriesgado, encargado de la difícil labor de darle un tratamiento sistemático a toda la disciplina, a través de la incursión en los temas de las fuentes y la interpretación jurídica.

Fuentes, interpretación y sistemática son su estrategia, sus instrumentos característicos, sus banderas de contemporaneidad.

La interpretación jurídica va a constituir el instrumento indispensable para darle un sentido sistemático a las fuentes del Derecho agrario contemporáneo.

Porque el agrario aspiró a tener organicidad y completitud para resolver todos los problemas de la disciplina. Eso solo se logra a través de la interpretación jurídica. Porque ante los vacíos del ordenamiento solo el recurso a los principios generales (normativos, axiológicos o fácticos) ofrecerá una disciplina orgánica y completa, susceptible de un tratamiento sistemático.

Interpretación jurídica en el Derecho agrario contemporáneo es creación normativa. Solo podrá crear el gran jurista, el conocedor de su disciplina y de todas las demás ramas históricas o emergentes vinculadas con el agrario.

Solo quien conoce toda la tortuosa historia institucional del agrario desde las estructuras del Derecho romano, pasando por los afanes constructivos del Derecho agrario clásico y moderno, así como de la vinculación del agrario con las demás disciplinas, podrá interpretar correctamente.

Con la interpretación el agrario debe afirmarse, consolidarse, afianzarse aún más, como ciencia y como respuesta al desconocido mundo del vacío jurídico. Esto no es un misterio sino una realidad porque el agrario siempre ha sido un derecho de pocas normas donde se requiere un gran esfuerzo constructivo permanente.

Quienes se dejen llevar por los nuevos fenómenos jurídicos, o los nuevos problemas y se inclinan por tesis segregacionistas o antitéticas a los fundamentos mismos del agrario no interpretan, son lectores olvidadizos o desconocedores de la larga historia y los aportes de la ciencia del Derecho agrario.

La sistemática en el Derecho agrario contemporáneo constituye el reto más importante. Es el sueño de encontrar respuesta en la misma disciplina a todo interrogante y problema surgido, dándole el valor merecido a los fenómenos nuevos, y muchos otros inimaginables plenos de sorpresas y dinamicidad.

Particularidades del Derecho agrario AAA. La transversalidad del ambiente y la alimentación. El Derecho agrario AAA como tránsito hacia el Derecho agrario contemporáneo.

El reencuentro de una disciplina ágil y dinámica, abierta a los grandes cambios de la Humanidad, al pasar el umbral del nuevo siglo y el nuevo milenio, puede adquirir un nombre símbolo de **"Derecho agrario AAA"**, el Derecho agrario de la agricultura, del ambiente y de la alimentación.

El Derecho agrario AAA es el Derecho agrario proyectado por los fenómenos transversales del ambiente y la alimentación. Es el que se percibe hoy con más claridad. No son disciplinas jurídicas nuevas e independientes en sí mismas. Mucho menos son fenómenos pertenecientes únicamente al agrario. Porque así como impactan al agrario también repercuten en todas las demás ramas jurídicas.

Su importancia radica en el ferviente convencimiento de que el Derecho agrario sigue siendo derecho agrario. Una apreciación aparentemente banal pero de gran fondo científico por su respuesta afirmativa.

El Derecho agrario AAA es un nombre símbolo de un momento provisional o de tránsito, porque tanto el ambiente como la alimentación o la seguridad alimentaria son fenómenos donde se evidencia con mayor claridad la proyección de la transversalidad.

Debe admitirse, sin reparos, la aparición de emergentes fenómenos en el futuro inmediato, incluso a largo plazo, llamados a seguir proyectando el agrario para darle una conformación jurídica más amplia y más rica.

La transversalidad jurídica opera a través de fenómenos, inicialmente culturales y luego jurídicos, encargados de impactar, reformar, cambiar de rumbo, reformular, transformar o proyectar al Derecho en sus propias concepciones íntimas. Conlleva cambios desde la cúspide constitucional hasta las normas más elementales, con reformulación de valores, principios, pensamiento, filosofía, dándole al Derecho una nueva Cultura distinta a la anterior, en un período relativamente corto.

Ejemplos pasados fueron la desaparición de la esclavitud, la codificación constitucional, la codificación civil, comercial, laboral, la abrogación de la pena de muerte, los derechos humanos en general, la sustitución del principio inquisitivo por el debido proceso en materia procesal, y más recientemente el ambiente, el desarrollo, la seguridad alimentaria, el patrimonio universal de la Humanidad, la paz.

Por ello, el Derecho agrario AAA en sí mismo es un Derecho agrario proyectado por la transversalidad ambiental y de la alimentación o de la seguridad alimentaria.

Es relanzado, ampliado, redimensionado, en mejores términos proyectado porque adquiere una o varias aristas para reflejar

una estructuración más amplia y acabada, con una ética y una axiología exuberante, próspera, floreciente.

Así el Derecho agrario AAA es un Derecho proyectado, no disminuido ni mucho menos negado. Se agiganta en sus fuentes y en su contenido, el agrario jamás desaparece o cambia de rumbo.

Donde solo pudieran encontrarse cambios sensibles, para efectos científicos, sería en su objeto, como tantas veces se ha afirmado, con un derecho agrario más verde en el caso del ambiente o más humano con la alimentación o la seguridad alimentaria. Pero este es un tema para el futuro. Lo importante es encontrar un agrario en crecimiento monumental en las fuentes y el contenido.

El Derecho agrario AAA constituye un momento de tránsito hacia el verdadero Derecho agrario contemporáneo. Porque el contemporáneo no se limita solo a la transversalidad del ambiente y la alimentación o la seguridad alimentaria, sino también a otros fenómenos, transversales o no, encargados de darle cada vez más esa monumentalidad que tiene y tendrá en la actualidad o el mañana.

El desafío del Derecho agrario contemporáneo de fijar las relaciones y los límites con otras disciplinas. Eroses de los cultores del agrario por ser sorprendidos con fenómenos transversales no negadores del agrario. La interdisciplinariedad e interdependencia.

El Derecho agrario contemporáneo exige, con urgente y constante necesidad, ir resolviendo sus diferentes desafíos. Uno de ellos, vinculado a esta temática, consiste en determinar claramente la relación del agrario con otras disciplinas jurídicas.

Particularmente con el ambiente y la alimentación o seguridad alimenticia han comenzado a surgir las denominaciones de derecho agroambiental o derecho agroalimentario. Esto como consecuencia de la decidida influencia encontrada por muchos autores en el agrario, para transformarlo en una categoría donde encuentran acentuadas las características de uno u otro.

El planteamiento puede ser correcto si la hipótesis se orienta al estudio de una parte del Derecho agrario AAA, no de la devaluación del agro frente al ambiente, la alimentación o seguridad alimentaria, para encontrar una nueva nomenclatura para el agrario. Porque ello podría generar el innecesario riesgo de agregarle cualquiera de los dos adjetivos a un desvalorizado sustantivo agrario. En ese caso hay muchas razones para demostrar la falta de penuria del agrario como para ser auxiliado en esta forma.

El más difundido ha sido inicialmente el agroambiental. Se trata de un binomio de agro y ambiental, no del ensamblaje de ambos términos en un nuevo sustantivo. Porque agrario y ambiental son dos prodigios distintos. Igual como resulta menos difícil admitir que el el Derecho agrario no es el ambiente ni el ambiente el Derecho agrario.

Por lógica no puede concebirse una actividad agraria sin el ambiente porque las actividades agrarias son las más cercana a la naturaleza, pero ello no le transforma en derecho ambiental. Tampoco perdería su propia personalidad si el legislador le da preeminencia al ambiente. Porque la tutela del ambiente nació bajo una filosofía diferente. Además la transversalidad ambiental no lo convierte en una nueva rama jurídica. Es una nueva dimensión para todas. Por ello se afirma que el tema ambiental ha



llegado a constituir una verdadera y nueva dimensión del agrario. Más bien surge como derecho agrario ambiental no agroambiental. Y aún cuando resulte lícito admitir el término agroambiental, por la difusión alcanzada, en modo alguno ello significa admitir tampoco el nacimiento de una rama jurídica Derecho agroambiental. Es una parte del contenido del Derecho agrario, una parte especializada en función del ambiente.

Con el Derecho AAA el ambiente proyecta al agrario. No es, tampoco como lo ven algunos cultores más aferrados a las tesis tradicionales, un mito o un mal a exorcizar, para afirmar la pureza o la autonomía del agrario. Como proyección el ambiente es garantía para una disciplina más completa y pletórica de fuentes con un contenido más robusto.

Iguales criterios podrían sostenerse respecto del agroalimentario. La alimentación o la seguridad alimentaria son otro fenómeno de transversalidad. El concepto también tiene aceptación en la cultura porque buena parte de las actividades agrícolas producen alimentos. Pero igual ni todos los alimentos son agrarios ni todo lo producido por las actividades agrarias son alimentos.

Por ello el Derecho agrario tampoco es Derecho de la alimentación. Porque el fenómeno transversal de la alimentación o la seguridad alimentaria afecta todo el Derecho, y genera una nueva clasificación jurídica.

En el caso de la alimentación o seguridad alimentaria, a diferencia del ambiente, el fenómeno esconde dos conceptos antitéticos. Uno corresponde al mundo del comercio, o bien del ámbito rico o desarrollado, y el otro al de la solidaridad, referido al hambre y la pobreza.

Hay una seguridad alimentaria para los consumidores con más recursos económicos para ingresar a mercados agrícolas a escoger los mejores productos, los más refinados, en busca de *delikatessen*, con una trazabilidad encargada de garantizar la calidad del producto desde la granja hasta la mesa, con sellos de origen y garantía de un tratamiento inocuo durante todo su proceso. La otra seguridad alimentaria, ubicada en el otro extremo, para los consumidores hambrientos, pobres, pretende garantizar el derecho al consumo de productos alimenticios, sanos, provenientes de una agricultura no contaminada, aunque a veces contaminante, con productos de inferior calidad, para quienes no tienen posibilidades ciertas de escoger en el mercado sino en función de sus pocos ingresos económicos.

Por ello alimentación o seguridad alimentaria esconde en su seno dos conceptos antitéticos en sí mismos, con dos lecturas distintas, según el nivel económico del consumidor.

Consecuentemente la reformulación de un agrario disminuido junto a una seguridad alimentaria fortalecida puede encontrar en el Derecho agroalimentario una consideración retraída con abandono de la realidad económica, social y hasta cultural.

Porque, en tal eventualidad, sería necesario distinguir entre un Derecho agroalimentario referido a los grandes mercados, a la propiedad intelectual, a los transgénicos, incluso respetuosos del ambiente repudiando el uso de agroquímicos y el Derecho agrario de la seguridad alimentaria, vinculado al otorgamiento del derecho a la alimentación, para el consumo de productos alimenticios, sanos, para paliar el hambre y la miseria, sin admitir el consumo de desechos, provenientes de una agricultura contaminada

o contaminante, o productos de rechazo de los mercados principales o por la falta de reunir requisitos fito o zoonosanitarios

Tanto el ambiente como la alimentación o seguridad alimentaria han formulado conceptos propios del Derecho agrario AAA, como agricultura multifuncional, plurifuncional, o polifuncional, respetuosa del ambiente y el ciclo biológico para producir alimentos sanos, incapaces de causar daños en la salud o la vida de los consumidores. En esta confluencia se exige tutela de los recursos fitogenéticos y zoonéticos, y la lucha contra las plagas o la degradación de ellos.

Es de suyo importante subrayar la inobjetable riqueza de las fuentes jurídicas y del contenido del Derecho agrario AAA con la reconocida influencia de proyección del ambiente y la alimentación o seguridad alimentaria, sin dejar de lado los conceptos fundamentales del agrario en cuanto aquellos son fenómenos universales, con influencia en todas las ramas jurídicas, sin poder reclamar un patrimonio separado del agrario.

La falta de claridad de muchos cultores del Derecho agrario, según se desprende de la prueba de la más reciente bibliografía, consiste en ignorar estos conceptos fundamentales, sea por atreverse hacia la formulación de hipótesis de mayor alcance en el mejor de los casos, o por formular estas hipótesis como consecuencia de aceptar un agrario desvalido, superado, atrasado, llamado a transformarse en un posible Derecho agroambiental o agroalimentario.

Este error doctrinario de bulto es comprendido por grandes agraristas. El caso más interesante ha sido el del jurista italiano Luigi Costato, quien en el reciente Congreso en Honor de Antonio Carozza (celebrado en Pisa, Italia,

marzo del 2008), en una brillante intervención, después de haber escrito varios libros con estos nombres, señaló expresamente su voluntad velada de plantear esos temas para someterlos a la crítica doctrinal del agrario, silenciosa y acrítica desde la muerte del Maestro PisaN<sup>o</sup>. Afirmó que los títulos agroambiente o agroalimentación no pretendía fundar nuevas ramas jurídicas, independientes del Derecho agrario AAA, sino profundizar en la riqueza de la temática, convencido de tratarse de un enriquecimiento del agrario.

Estas corrientes, estas obras, como manifestación de errores o de trabajos serios para profundizar partes importantes del Derecho agrario AAA, deben constituir una lección importante frente a todos los demás fenómenos surgidos en estos tiempos, o llamados a aparecer más adelante, para constatar la verdadera línea de pensamiento de los cultores del Derecho agrario contemporáneo.

Como corolario de estos comentarios del Derecho agrario AAA y el Derecho agrario contemporáneo, al subrayar los caminos a seguir y la necesidad de estar atentos para no perder el rumbo, resulta vital admitir la necesidad de apartarse de los viejos criterios reduccionistas, autonomistas, librescos, o enseñanzas consagradas a desarrollar los conceptos de las normas jurídicas de un respectivo país o de pocos institutos para valorar, y reconocer que en el mundo de hoy las ramas jurídicas no se comportan como antes.

Hoy, repitiendo frases plásticas de Pietro Romano Orlando, se ha comprendido la presencia de fronteras móviles entre el agrario y otras disciplinas, la forma como ocurren fenómenos de ósmosis entre diferentes ramas jurídicas al traspasar las fronteras normas,

institutos o figuras otrora patrimonio exclusiva de una disciplina clásica o nueva hacia el agrario y viceversa.

Por estas razones el agrario debe admitir el ingreso en su seno de tantas y tantas nuevas figuras jurídicas novedosas de otras ramas del Derecho, así como la aparición en las otras de sus normas o institutos más auténticos. Frente a las ricas realidades todas estas apariencias o manifestaciones jurídicas no implican un saqueo de del agrario a otras disciplinas, ni de ellas hacia el agrario, porque se trata de un fenómeno contemporáneo.

Entonces conviene aceptar y fortalecer la interdisciplinariedad. Porque la agricultura no es tan solo un resultado o fin jurídico. Por el contrario su producto, representado en el ordenamiento o en las reglas surgidas de fuentes metajurídicas, son la representación de otras disciplinas como la economía o la política. El recurso a estas otras realidades ya ha dado resultados satisfactorios en otras épocas. Concretamente el mismo concepto de agrariedad surgió bajo este signo.

Además, deberá ser igualmente importante, en esta concepción de avanzada, admitir la interdependencia del agrario con otras ramas del Derecho. Porque el agrario está inmerso dentro del ordenamiento jurídico, no es algo independiente o pulcro sin contacto con las demás disciplinas. El agrario depende de otras ramas como éstas también dependen en muchos aspectos del agrario.

Solo en esta forma se podrá lograr un conocimiento más real y profundo del completo conjunto del Derecho agrario contemporáneo en tanto un proceso evolutivo hacia la culminación de un sistema jurídico, orgánico y tendencialmente completo, con su propio

sistema de fuentes (formales y materiales), en el ámbito internacional y nacional, como ***ius comunis***.

La construcción de una nueva Cultura jurídica a través de las fuentes, los principios generales, la interpretación y la sistemática en el Derecho agrario contemporáneo, donde todo encuentre explicación jurídica y científica.

Todo cuanto está ocurriendo, así como lo intuido para los próximos años, obliga necesariamente al Derecho agrario contemporáneo a forjar una nueva cultura para la disciplina. Cultura jurídica muy compleja porque su construcción va a encontrar grandes contradicciones con diversos movimientos en la promulgación de las fuentes y con aspectos difícilmente manejables.

Esta es una tarea inminente pero no deben dejarse de lado los análisis y reflexiones de los problemas surgidos en el pasado remoto y reciente al Derecho agrario cuando enfrentó problemas más sencillos.

Como la nueva Cultura jurídica va a ser tan compleja quizá convenga reiterar la importancia de los temas de las fuentes, subrayando dentro de ellas los principios generales, y la interpretación para la sistemática.

Los viejos debates académicos para encontrar los principios generales del derecho agrario para demostrar su autonomía científica hoy deben recordarse como parte de la historia de la doctrina. Por ello, resulta absurdo continuar en la búsqueda de aquellos principios universales, inmutables, perpetuos, según las exigencias de los ***iusnaturalistas***. Ello tan solo es parte de una época cuando el agrarista pretendió identificar algunos de ellos provenientes del ordenamiento mismo o como desiderata de la disciplina.

Hoy, con los grandes avances del Derecho no puede continuarse en esa tarea agotadora, absurda e innecesaria.

Los principios generales del Derecho agrario están llamados a cumplir un tratamiento jurídico diferente. Sin pretender adelantar conclusión alguna los principios generales deben servir como instrumento para llenar, en forma lógica, los vacíos legislativos del Derecho agrario para darle completitud y organicidad al sistema.

Los principios generales del Derecho agrario no deben ir a buscarse en las fuentes del ordenamiento jurídico ni en las fuentes metajurídicas. Ellos se encuentran en la Cultura, en la cultura jurídica de las grandes obras del Derecho agrario. Están en las construcciones doctrinarias admitidas en forma mayoritaria, o por más tiempo, por la conciencia iusagraria que a fuer de ser reiteradas hayan logrado ingresar en el mundo jurídico, independientemente si tengan o no reconocimiento personal del planteamiento.

En esta forma cuando en un ordenamiento jurídico no se encuentra un instituto con sus características y particularidades, o bien cuando no se encuentra una solución particular para un problema concreto el operador del Derecho agrario encontrará en la misma doctrina agraria esos principios generales traducidos en institutos o soluciones, susceptibles de ser utilizados con toda confianza por formar parte de la Cultura del derecho agrario.

Por esa razón el estudio del Derecho agrario internacional y comparado impulsado por el **Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato**, de Florencia, y la Unión Mundial de Agraristas Universitarios constituye una mágica llave para ingresar en el campo de los vacíos misteriosos de las normas, institutos,

principios, todos ellos existentes en la Cultura aún cuando nunca hubieren sido pensados o legitimados por el legislador.

El caso más evidente, de todos los días, se encuentran conformados por la forma como la Constitución Política formal crece y se agiganta con la introducción de principios generales del Derecho no previstos en la Constitución formal que sumados a ella llegan a constituir la Constitución material, o el bloque de legalidad constitucional, estructurado sin la participación del legislador constitucional.

Y ello ocurre también con las demás disciplinas jurídicas. Porque el intérprete ha introducido, a través de obras jurídicas, una cultura jurídica, de figuras e institutos no contemplados por el legislador. Ello ha ocurrido con la teoría del negocio jurídico o la teoría de la empresa, en ordenamientos donde no se encuentran las figuras o incluso se siguen teorías antagónicas como la de los actos de comercio. Y los ejemplos pueden llevarse hasta el infinito. En el sistema del **civil law** se han admitido por medio de la interpretación o la integración institutos como el **leasing, marketing, holding, frankaising**, propios del **common law** porque traspasan las fronteras de un sistema jurídico contemporáneo a otro sin violación de la soberanía jurídica.

Todas estas situaciones ya las está enfrentando la disciplina iusagraria, con el Derecho agrario internacional, con los tratados de libre comercio, con las Cumbres de Naciones Unidas. Los institutos del Derecho agrario internacionalizados pasan luego a los ordenamientos jurídicos nacionales o regionales.

El caso más conocido lo constituye la suscripción del Tratado Marco de la Organización Mundial del Comercio, y sus instrumentos sobre la agricultura o las medidas fito y zoonosanitarias.

Porque son institutos existentes, pensados y provenientes del **common law**, de un texto originalmente escrito en inglés, para todos los diversos sistemas jurídicos contemporáneos (**civil law**, países comunistas, e incluso los tradicionalistas cuyo Derecho se encuentra en textos religiosos), disímiles lingüística y culturalmente.

En el proceso de internacionalización del Derecho agrario, según la feliz expresión de Pietro Romano Orlando, todo el Derecho agrario vive un proceso generalizado para llegar a adquirir características de **ius comunis**, porque el impacto de los mercados transformados en instrumentos internacionales enriquecen las fuentes del Derecho agrario contemporáneo, desapareciendo aquellas "vías nacionales" descubiertas por Carozza.

Lo mismo ha ocurrido con todas las Cumbres de Naciones Unidas referidas al desarrollo sostenible (Río, 1992), derechos humanos (Viena, 1993), población (El Cairo, 1994), desarrollo social (Copenhague, 1995), las mujeres (Behijin, 1995), seguridad alimentaria (Roma, 1996).

El problema en los documentos provenientes de dichas Cumbres, aprobados literalmente por casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, es la inmensa cantidad de normas contradictorias. Porque en su redacción confluyeron sectores con intereses contrapuestos, en el ámbito económico, cultural e ideológico. Así se encuentran en el mismo texto muchas opiniones disímiles sin criterios de prioridad o prevalencia, pudiendo interpretarse el texto con muchas ópticas. Solo para mencionar la Introducción a la Cumbre de Roma, los sectores del comercio afirmaron que la seguridad alimentaria se lograba con la apertura de mercados y la eliminación

de obstáculos de frontera, los sectores o movimientos de solidaridad, las iglesias y sectores afines formularon la solución en luchar contra el hambre, para resolver los problemas de pobreza, enfermedad, abandono, marginalidad, con productos sanos y alimenticios para salvarlos de la muerte y la miseria, mientras los países desarrollados introdujeron temas de patentes, propiedad intelectual, marcas, sellos de origen.

Con las Cumbres de Río y la misma Organización Internacional del Comercio el Derecho agrario contemporáneo se ha visto proyectado con derechos humanos, fenómenos transversales, criterios de libre mercado, surgiendo institutos modificados, reformulados, con líneas ideológicas contradictorias, desapareciendo institutos como el crédito agrario, mientras otros, que se pensaban superados, como la reforma agraria y el desarrollo agrario surgieron, y aparecen muchos otros distintos como los referidos a los organismos genéticamente modificados o la biodiversidad.

Todas estas nuevas fuentes del Derecho agrario, no limitadas al ambiente y la alimentación o seguridad alimentaria, reiteran aún más la necesidad de forjar una nueva Cultura jurídica, que el Derecho agrario contemporáneo debe estructurar, ordenar, sistematizar.

Se trata de una labor de acceso y sistematización de información dispersa, de gran valor jurídico, para poder determinar a nivel continental, regional y nacional, la forma como esas fuentes deben ser aplicadas.

De esta manera explicación de todo cuanto ocurre en el complejo mundo jurídico internacional resulta fácil observar como el Derecho agrario AAA es tan solo una etapa de tránsito hacia

el Derecho agrario contemporáneo. Por ello resulta necesario desarrollar el Derecho agrario AAA correctamente, comprender sus alcances y sus límites, particularmente en cuanto solo contiene dos fenómenos transversales, incapaces de agotar todo el complejo marco del Derecho agrario contemporáneo.

Lo importante es desarrollar lo agroambiental y lo agroalimentario como partes integrantes, no totalizadoras, ni acabadas, sino como una etapa importantísima a consolidar para pasar a etapas más avanzadas y de incalculable valor para la disciplina.

En el desarrollo de lo agroambiental y lo agroalimentario constituiría un error mantenerse aislado, como si fuera un todo, o un fenómeno terminado, cuya continua prolongación fuera un aporte significativo para el agrario, o, peor aún, si se pensara en tesis autonomistas, separatistas o autosuficientes en sí mismas.

Quizá para evitar esos posibles errores conviene abrir el abanico de posibilidades ofrecidas por el mundo moderno para seguir vinculando cada corriente con las demás fuentes aparecidas en estos mismos momentos.

Pero se debe insistir, con claridad meridiana y suficiente, que se trata de una etapa de transición, de un momento donde se han descubierto vinculaciones interesantes del agrario con lo ambiental y la alimentación o la seguridad alimentaria, y desde ahí se debe consolidar la etapa pero no quedarse en ella. Porque un error de esta naturaleza podría equipararse con la pérdida de tiempo, de tantos años, cuando los civilistas e iusnaturalistas le impusieron a los autonomistas la obligación de probar la existencia de principios generales, universales, inmutables, por constituir una

trampa donde el agrario no avanzó, porque a cada prueba surgía una crítica más, hasta llegar al cansancio. Por eso fue necesario cambiar de estrategia. Quizá hubiera sido más útil continuar con los planteamientos originarios de buscar el *ius proprium* de la agricultura, consagrado en el Programa de la **Rivista di Diritto Agrario** formulado por Giangastone Bolla, cuyos planteamientos aún hoy tienen inmenso valor si se analizan a la luz de los aportes logrados por la Escuela Moderna del Derecho agrario con otra metodología.

Sería lamentable prolongar el tiempo del Derecho agrario AAA y perder la oportunidad de aprovechar un terreno fértil, donde se pueden fecundar, engendrar, las bases reales y sólidas del Derecho agrario contemporáneo.

Pero conviene plantear el problema con optimismo. En este sentido quizá la formulación misma de la sistemática podría constituir un reto.

Porque la sistemática del Derecho agrario ha sido un tema de encuentro científico, siempre presente en las obras de los más insignes agraristas de todos los tiempos. Desde la publicación del **Programma** de Giangastone Bolla en la **Rivista di Diritto Agrario**, en 1922, se proponía reconducir toda la materia jurídica agraria a un verdadero sistema. Y se debe recordar también como la entera vida de Antonio Carozza fue una lucha por mostrar la disciplina desde una óptica científica de teoría general del Derecho, con la idea fija en ir construyendo, parte por parte, aquél sistema para ofrecer fórmulas de completas y coherencia para todo el Derecho agrario.

No por casualidad la obra de los extraordinarios juristas Federico Carlos de Savigny y Rudolf von Ihering, a través de métodos diferentes, partiendo del estudio del Derecho Romano

llegaron a crear la sistemática del Derecho civil. Construcción ésta que permitió el nacimiento científico del ordenamiento jurídico. Savigny a partir de la jurisprudencia de los conceptos, afirmó que el derecho naciente “del espíritu del pueblo” podía llevarse a fórmulas racionales ausentes de contradicciones en forma sistemática, porque en esa época las normas no dependían del legislador sino de la lógica y la sistemática. Ihering, por su parte, logra sus conclusiones partiendo de las normas para llegar a los conceptos, los cuales son preconstituídos y luego aplicados a las normas, pero el origen y significado proviene de ellas mismas.

Los conceptos sistemáticos tienen una función reguladora en la interpretación a los fines de la aplicación del Derecho. En este sentido la norma agraria es una conexión de conceptos y la aplicación de las normas agrarias operan bajo la guía de la categoría sistemática, aplicando esos conceptos para la comprensión de la entera rama jurídica.

Hoy, cuando las discusiones entre iusnaturalistas e iuspositivistas fueron superadas por la historia (con el surgimiento de los derechos humanos, por ser consagración positiva de principios de Derecho natural), resulta más fácil promover una sistemática del Derecho agrario. En ella el centro de preocupación será siempre el ser humano vinculado a las actividades agrarias, para impulsar una preocupación científica con una profunda explicación axiológica, derivada de la relación entre Derecho agrario y derechos humanos.

Esta posibilidad, cierta, se puede lograr en el seno del Derecho agrario contemporáneo porque también se perdió la concepción clásica de vincular lo agrario a la tierra, al fundo, o a la producción agraria, o bien de la empresa

agraria o los contratos agrarios, como si fueran figuras jurídicas neutras, autónomas, sin vida, perdiendo de vista la trascendencia de los movimientos históricos del Derecho vinculados a la agricultura con el protagonismo de la historia de los pueblos y los seres humanos.

Ello ocurrió con el surgimiento de los derechos humanos, a partir de la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948, muchos años después de las construcciones jurídicas agrarias de espaldas al ser humano, o sin una explicación filosófica suficientemente sólida.

No por casualidad, en 1962, Carrozza abandonaba la búsqueda de aquellos principios generales, universales, inmutables, para invertir el método de investigación. No partió de los principios generales hacia abajo donde se encontraban las normas, o particularmente los institutos. Inició un proceso inverso de los institutos hacia arriba, tratando de encontrar principios quizá no tan generales pero sí más específicos y profundos derivados de los institutos. Y en 1972 continúa la labor de organizar los institutos en una cierta categorización según su importancia, para encontrar un común denominador de agrariedad, para determinar cuándo se está en presencia de lo agrario y cuando no. Y su tarea continuó, en 1982, a través de la incursión en la epistemología jurídica, para buscar el objeto y el método de la materia, prolongando su tarea en muchos campos, entre otros, en 1988, el de establecer claramente la relación que tenía el agrario con el ambiente y la alimentación para determinar cuándo se está en presencia de lo agrario y cuando no, para fijar fronteras y no confundir materias distintas.

A todos estos aportes el descubrimiento para el agrario del método tridimensional fundado en Brasil, por Miguel Reale, le ha ofrecido

al agrario la posibilidad de distinguir en el objeto, el método, las fuentes, cuándo se está dentro del ámbito del Derecho agrario formal y cuando dentro del Derecho agrario material. Este planteamiento incluso permite determinar porqué los principios generales del Derecho agrario también derivan de las normas, de los valores y de los hechos.

La sistemática en el Derecho agrario contemporáneo permite comprender cómo por medio del método tridimensional surge de inmediato también el tema de la interpretación jurídica iusagraria. Porque sin interpretación jurídica no puede haber en el agrario ningún tipo de aplicación ni ningún tipo de decisión. En esa forma interpretación, argumentación, razonamiento, se encuentran íntimamente

vinculadas con la Cultura jurídica y el mismo método interpretativo.

El texto de la norma agraria está dentro del contexto. En este caso de los valores y de los hechos agrarios. Interpretar es un acto humano, un acto colocado en un ámbito económico, social, histórico, por ello el pluralismo metodológico de la interpretación debe ser el principio para lograr un mundo del Derecho agrario más vivificante.

Es así, como, con la sistemática del Derecho agrario contemporáneo se encontrará explicación coherente, lógica, jurídica y científica a todo el sistema no importa cuán grande sea su contenido, llegue a ser, se transforme, o se proyecte.



## EL CONSUMO VIRTUAL

*Lic. Andrés Montejo M.*

La gente tiene y consume no solo lo que se ha ganado con su trabajo, su ahorro y sus esfuerzos, sino que se consume incluso, lo que se tiene que trabajar en el futuro....

El tiempo del consumo. Las nuevas tecnologías, la apertura de mercados y la globalización, entre otros factores, han conducido a que el consumo sea un requisito de las personas de la sociedad actual, para poder sobrevivir. El consumir implica una práctica social homogénea y diferenciada, la cual tiene como acto esencial la transformación de un objeto o servicio en una práctica de uso o disfrute.

Durante mucho tiempo se consideró al consumidor “homo oeconomicus” y rey del mercado. Por eso, en nuestro medio se suele –aun hoy en día- escuchar expresiones tales como “el cliente siempre tiene la razón” o “el cliente manda”, “el cliente es el rey”. Pero esto no es tan cierto, las invisibles manos de la oferta y la demanda son, en principio, capaces de crear el perfecto sistema de estabilidad social y económica.

Sin embargo, en las economías de mercados abiertos (capitalistas) el supuesto equilibrio que genera la oferta y la demanda nunca ha

sido una verdadera realidad. De igual manera en los regímenes de intervencionismo estatal –socialistas o comunistas– la insuficiencia de leyes de oferta y demanda para gobernar equitativamente las relaciones económicas, tampoco obtuvo el éxito deseado.

Hoy día, el mercado donde se desarrollan estas relaciones económicas y sociales, por su puesto; está constituido por una compleja gama de relaciones y de factores que confluyen, en el cual se pretende encontrar el equilibrio justo entre el control e intervencionismo estatal y la autodeterminación individual y desregulación económica.

Y el problema va más allá, una enorme cantidad de relaciones de consumo se realizan en el ciberespacio: empresa o comerciante virtual, consumidor virtual y en un “lugar” virtual.

De esta trama nace la necesidad de generar por parte de la sociedad una serie de normas que permitan la regulación social y así un adecuado y correcto funcionamiento de la sociedad. Se hace entonces indispensable para la sociedad actual, la regulación efectiva de una de las prácticas más importantes del presente: el consumo y dentro de éste el consumo ciberespacial.

## **1.- Breves Notas en torno al surgimiento del Derecho de Consumo.**

A nivel doctrinario y legislativo se le ha denominado de muchas formas: Derecho del Consumidor, Protección al Consumidor, Tutela Efectiva del Mercado, Derecho de Control Empresarial... Derecho de Consumo.

Fue en los Estados Unidos de América donde surge por primera vez la inquietud y necesidad de regular los problemas del consumidor.<sup>1</sup> Es así como se gesta este derecho como proteccionista y limitador de la libertad de empresa; para luego unírsele nuevos elementos como los son los relativos a sectores específicos de relaciones de consumo (crédito de consumo por ejemplo); responsabilidad del productor, distribuidor, comerciante; publicidad de los productos y servicios (derecho a una información clara y veraz); formas contractuales estandarizadas (contratos de adhesión: predisposición normativa con cláusulas abusivas); contratación a plazo; contratación realizada a domicilio o a distancia; resarcimiento por daños físicos y patrimoniales provenientes de vicios o defectos de los bienes y servicios; garantía. Y así se puede seguir mencionando diferentes elementos que se han unido a este complejo sistema social, económico y jurídico, los que dependerán del ordenamiento jurídico de que se trate y, por que no, del sentir de cada comunidad en cuanto a sus necesidades regulatorias en torno al consumo.

Lo cierto del caso es que, desde los años sesenta del siglo anterior se ha considerado la necesidad de contar con un sistema preventivo, educativo, sancionatorio, indemnizatorio y eficiente que es establezca un equilibrio real entre distintos factores económicos, sobre todo entre el consumidor y productores, distribuidores, comerciantes; sea aquel privado o ente público que habitualmente ofrezca bienes y servicios.

## **2.- Sobre el Derecho de Consumo**

¿Qué es el derecho del consumidor? ¿Cuál es su correcta denominación? Para responder a estas interrogantes es necesario cuestionarse cuál es su naturaleza jurídica: ¿Es una rama de derecho? ¿Es un discurso jurídico especializado? ¿Es acaso un conjunto de normas suprasistemáticas y supracategoriales que cortan de manera transversal todo el ordenamiento jurídico?

Sin duda esta última es la respuesta. En este tema de consumo (de ahí que podemos asegurar que su mejor denominación es derecho de consumo), debe superarse la dicotomía Derecho Público – Derecho Privado. El derecho de consumo no puede ser encasillado en un sistema determinado. Es ante el problema y los intereses en conflicto que en él se evidencian, que el jurista y el legislador deben construir la solución, en función, entonces, de todas las normas escritas y no escritas que forman el ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> El mensaje del presidente estadounidense John F. Kennedy dirigido al Congreso de su nación el 15 de marzo de 1962, constituye el punto de partida del movimiento global a favor de protección al consumidor. Cuatro derechos básicos proclamó el presidente: el derecho a la seguridad, el derecho a la información; el derecho a la elección y el derecho a ser oído.

Es entonces de naturaleza supracategorial por cuanto trasciende las características propias de una rama concreta del derecho y lo torna en lo que se dado a llamar un derecho de tercera generación.

Ahora bien, siendo así, el derecho de consumo se trata también de un discurso jurídico especializado y sin duda en un sector del conocimiento jurídico: no puede hablarse propiamente de una separación de un tronco común sino más bien de que las normas que forman parte del derecho de consumo provienen de diferentes sectores del ordenamiento jurídico y está integrado por, además de la normativa común, leyes especiales (por ejemplo Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 en Costa Rica y Ley de Defensa de los Consumidores N° 182 en Nicaragua); fallos administrativos y judiciales que se han tornado en jurisprudencia y por su puesto, doctrina especializada. Todo esto provoca que, en cada ordenamiento jurídico en particular, se forme el bloque de legalidad del consumo.

Para que esto se suceda, deben convergir diferentes elementos negativos y positivos tales como, pero no necesariamente todos: inflación, influencia de grandes empresas en el mercado, producción de artículos irrelevantes, manipulación del mercado (prácticas y competencia desleal), promoción de la competencia, educación del consumidor, acceso y tutela pronta y cumplida del derecho de

consumo. En fin, la protección del consumidor es una de las principales categorías de los modernos ordenamientos jurídicos. Pero para que esto se de, supone que efectivamente surja en la vida social; se de aplicabilidad al derecho de consumo, que efectivamente se pueda trascender la letra escrita para convertirla en una práctica socio jurídica; de manera que se puede claramente concluir que el derecho de consumo se desarrolla mejor donde existe una cultura de competencia económica y una cultura de consumo.<sup>2</sup>

### **3.- Derechos del Consumidor**

¿Cuáles son los principales derechos del consumidor? El desenvolvimiento de la cultura del consumo y los derechos y obligaciones que las partes involucradas tiene, se ha ido plasmando en diferentes legislaciones.<sup>3</sup> Dependerá de cada legislación, los derechos a proteger en torno al consumidor. Sin embargo, en términos generales se pueden mencionar:

Protección contra riesgos que puedan afectar la salud, seguridad y medio ambiente.

Protección de intereses económicos y sociales.

Acceso a información clara, veraz y oportuna sobre cada bien o servicio con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.

Educación de consumo.

2 Sobre este tema consultese Rivero Sánchez, Juan Marco. Quo Vadis. Derecho del Consumidor. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1997.

3 Al efecto véase, por ejemplo el artículo 29 de la ley costarricense N° 7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y artículo 12 de la ley nicaragüense N° 182 Ley de Defensa de los Consumidores

Libertad de escogencia

Igualdad en la contratación

Protección Administrativa y Judicial contra la publicidad engañosa, prácticas y cláusulas desleales o que restrinjan la libre elección

Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa, judicial o de resolución alterna de conflictos, de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud

Recibir apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores.

Estos derechos se alcanzan si el ordenamiento jurídico así lo prevé y, ojalá, con rango constitucional.<sup>4</sup> De manera que el bloque de legalidad, integrado por todas las normas escritas y no escritas son las que permiten que los consumidores alcancen sus derechos

Y, ¿cómo lograr tan ansiada protección al consumidor? Debe irse más allá. ¿Cómo lograr una verdadera aplicación del derecho de consumo? Esto se logra mediante:

Tratamiento integral de la transparencia de mercado y protección del consumidor: esa eficiencia y transparencia del mercado que conlleva a la protección del consumidor se logra también con los siguientes principios:

- Principio de libertad de empresa
- Principio de defensa de la producción por parte de particulares
- Principio de eficiencia en la producción (calidad de bienes y servicios, salud, seguridad pública y medio ambiente)
- Eliminación de obstáculos burocráticos para la producción y comercialización de bienes y servicios y el ejercicio del comercio
- Control estatal de la calidad e idoneidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado
- Desregulación de precios, salvo que excepcionalmente sea necesaria la regulación temporal de éstos

Transparencia del mercado, promoción de competencia y eliminación de prácticas monopolísticas y de competencia desleal (deben darse condiciones reales de

---

4 En Costa Rica de conformidad con la Ley N° 7607 de 29 de mayo de 1996, se reforma el artículo 46 de la Constitución Política para que el párrafo final diga: "Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La Ley regulará esas materias." En forma más limitada, por ejemplo, la constitución política nicaragüense tutela, por lo menos la información veraz (artículo 66).

competencia entre oferentes de bienes y servicios, con lo que se busca ofrecer mejor calidad y más bajo costo en su obtención)

Principios específicos relativos a la defensa efectiva del consumidor:

- Predisposición de medios adecuados para la protección de los intereses económicos de los consumidores
- Ofrecimiento de medios adecuados al consumidor de consultoría, asistencia y resarcimiento de daños
- Educación e información adecuados

Principio de tutela efectiva del consumidor (tutela real y no meramente formal mediante derechos irrenunciables con la correlativas obligaciones del comerciante; tutela administrativa, judicial y alterna)

Principio de información y libertad en la autodeterminación del consumidor: decisiones tomadas conscientemente, sin coacción o engaño; educación adecuada de hábitos de consumo.

#### **4.- El Consumir**

Consumir es utilizar bienes para satisfacer necesidades.<sup>5</sup> Esto es aprovecharse, emplear o disfrutar de algo. Ese uso de las cosas tiene su inicio con la adquisición de las mismas, con su compra. Su obtención se logra usualmente con dinero y, jurídicamente, se adquiere a través del contrato de compraventa.<sup>6</sup>

De manera que cuando se consume, lo que se hace es utilizar, usar, adquirir un bien o un servicio. Así, el consumo se ha entendido como la última fase del fenómeno económico (producción, circulación, cambio y consumo), que consiste en gastar, extinguir un bien, mediante su uso o aplicación para satisfacer una necesidad.<sup>7</sup>

Sin embargo, para efectos jurídicos de protección al consumidor, la mayoría de las legislaciones consideran que el consumo es protegido, dentro de los principios del Derecho de Consumo, en el tanto se adquiera, realice o disfrute como destinatario final y sin integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.<sup>8</sup>

---

5 Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Editorial Espasa Calpe. España. 2001, p. 634

6 Compraventa: contrato en que una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero (Argeri, Saul A. Diccionario de derecho comercial y de la empresa. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma S.R.L., 1982, p. 115).

7 Argeri, Saul A. Diccionario de derecho comercial y de la empresa. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma S.R.L., 1982, p. 129.

8 En este sentido véase el acápite sobre el Consumidor. Solo a manera de ejemplo, si se adquiere un teléfono móvil para uso personal y del trabajo, se estaría introduciendo este bien en la cadena de producción, por lo que no sería objeto de tutela en las vías especiales de protección al consumidor.

Pero en la realidad, todos adquieren y usan, todos los seres humanos consumen. ¿Por qué tener privilegios unos sobre otros? Según lo indicado, el derecho de consumo es transversal y supracategorial precisamente por cuanto se da en todas las realidades del hombre y por tanto aplicable en todos los campos de derecho. El derecho del consumo debe ser el derecho que tiene todo aquel que adquiera, use, utilice; al fin que consuma; de que se le proteja por ser usualmente la parte más débil en la relación.

## **5.- El Consumidor**

¿Quién es consumidor? El que adquiere bienes y recibe servicios. ¿Para su disfrute personal o para revenderlos o insertarlos en su cadena de comercialización? ¿Son consumidores los terceros que de manera mediata entran en contacto con el bien o con el servicio de que se trata? ¿Es consumidor solo la persona física o también la persona jurídica? ¿Debe ser esa adquisición a título oneroso o puede ser gratuito?

La respuesta a estas interrogantes se encuentra en cada ordenamiento jurídico.<sup>9</sup> Sin embargo puede decirse sin temor a equivocarse que en términos generales legalmente se llama consumidor a una persona física –y ocasionalmente jurídica- que adquiere bienes o disfruta servicios de quien realiza estas prestaciones como actividad habitual, a cambio de un precio, para el disfrute o consumo personal, como destinatario final. Pero, con la apertura de mercados y las nuevas tecnologías de comunicación y considerando que el consumo es de todos los días y todos los seres humanos, existe una cierta tendencia a considerar como consumidor a todo aquel –persona física o jurídica-, que adquiera bienes o disfrute servicios de quien realiza la prestación en forma habitual, a cambio del pago de un precio, sin importar que el consumo se realice como destinatario final. Y es que si consumir es adquirir para utilizar los bienes o servicios, no debe limitarse la protección únicamente a ciertos consumidores. Se es o no se es consumidor; por tanto se protege o no de acuerdo a si lo es o no, sin entrar a categorizarse.

---

9 A manera de ejemplo, en México la ley Federal de Protección al Consumidor establece que consumidor es “La persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. No es consumidor quien adquiere, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con el objeto de integrar los en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros”; por su parte en Paraguay la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario N° 1334 de 1998 lo define en su artículo 4: CONSUMIDOR Y USUARIO: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza. En Argentina se le define en la Ley 24.240 en su artículo 1° como personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la presencia de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas. En Nicaragua se define consumidores en el artículo 4 de la Ley 182 y finalmente en Costa Rica el artículo 2 de la Ley 7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor lo define como Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrar los en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

## **6.- El Consumo Virtual**

### **6.1.- El Ciberespacio**

La red –Internet– ha sufrido un crecimiento desproporcionado y tan rápido que incluso los más entendidos saben poco de ésta. En Internet se puede comprar, jugar, charlar, aprender. Es el ciberespacio.<sup>10</sup>

En este “espacio”<sup>11</sup> artificial<sup>12</sup> centenares de empresas, muchas reales y otras únicamente virtuales, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales o simplemente personas físicas, ofrecen información, permiten que se juegue, establecen comunicación y venden bienes y servicios.

¡Que gran invento que reduce las distancias y amplía la comunicación y la información! Pero, muchas de éstas “empresas virtuales”, ofrecen y prometen lo que no pueden dar, o dan lo no prometido o lo no esperado por el consumidor.

El mundo de Internet ha cambiado el horizonte mediático de la sociedad. Todos dicen que se han transformado los usos y costumbres de millones de personas. En los medios de comunicación tradicionales era la novedad el factor usado para llamar la atención, rozando tantas veces el abismo de la trasgresión como anzuelo para el consumidor. Los nuevos medios, en cambio, enfatizan más la interacción y la conectividad.

El consumo ha traspasado la barrera de lo material y ha entrado al ciberespacio, en donde la relación comerciante – adquirente es virtual.

### **6.2.- El consumo en el ciberespacio**

Si una empresa no está en la Red, es que no existe.<sup>13</sup> Esta frase parece irse consolidando, por cuanto cada día hay una mayor tendencia a establecer relaciones de consumo en el ciberespacio. A mayor uso de la red, más es el comercio electrónico; esto es compraventa

---

10 Es un espacio virtual que se accede a través de Internet. Esta palabra fue acuñada en 1984 por William Gibson en su libro *Neuromante* y se puso de moda en la presentación del Atodesk, en el SIGGRAPH de 1989, celebrado en el Palacio de Congresos de Hynes de Boston, Massachusetts, Estados Unidos de América. En este sentido puede consultarse <http://www.mixmarketing-online.com/entrada.html>. Se considera que es un ámbito artificial creado por medios electrónicos. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Editorial Espasa Calpe. España. 2001, p.546

11 Se entrecomilla por cuanto espacio es la extensión que contiene toda la materia existente o la parte que ocupa cada objeto sensible (Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Editorial Espasa Calpe. España. 2001, p.971.)

12 De manera que ese espacio “no natural” es hecho por medio del ingenio y la mano del hombre por medios electrónicos. Es un espacio virtual en el tanto tiene existencia aparente y no real. Es y es un no es.

13 Sobre este tema consúltese [http://www.mixmarketing-online.com/comercio\\_electronico.html](http://www.mixmarketing-online.com/comercio_electronico.html)

de bienes y servicios mediante Internet sin que exista ningún tipo de contacto físico o presencial entre comprador y vendedor. Quien vende puede hacerlo por correo electrónico, anuncio en grupo de noticias, en una lista de distribución o en una página en la red. Quien compra puede pagar aceptando el ingreso en cuenta, contra reembolso, dando el número de su tarjeta de crédito o bien mediante cybercash o ciberdinero.<sup>14</sup>

Esto es una realidad: el consumo ciberespacial, donde hay relaciones de consumo entre compradores virtuales y empresas en la red. Siendo una relación de consumo, con la participación de seres humanos, debe entonces

regularse y por lo menos establecerse las reglas de juego entre estos participantes.

### **6.2.1.- La Empresa Virtual**

La empresa, como centro de imputación de efectos jurídicos, surge con el concepto de persona jurídica; sociedad mercantil. Así, el Código de Comercio califica de mercantil, independientemente de su finalidad, a las sociedades en nombre colectivo, comandita simple, a la sociedad de responsabilidad limitada y a la sociedad anónima; siendo ésta última el modelo de la estructura piramidal de empresa. De manera que toda compañía

---

14 Cybercash: Dinero electrónico. También se denomina E-cash (contracción de los términos electronic y cash) y Digital cash. Del mismo modo que el dinero físico, el electrónico es anónimo y de valor inmediato. Este tipo de mecanismo de pago se creó con la intención de resolver los problemas de seguridad relacionados con el uso del número de tarjeta de crédito por Internet.

<http://www.mixmarketing-online.com/entrada.html>



tendrá socios –la Asamblea General- y la estructura administrativa –forma en que se administra: gerentes, Junta Directiva- y dentro de todo este esquema contendrá siempre su razón social, domicilio, objeto, y en general la forma de regirse a lo interno y a lo externo<sup>15</sup>

Pero aspectos tales como la quiebra del estado social de derecho y la globalización inciden en el replanteamiento de la empresa, específicamente en cuanto a su estructura. Se le visualiza como un sistema de redes contractuales con diferentes centros y una única unidad empresarial, en donde ya lo importante no son sus socios o su estructura administrativa, sino su actividad.

Un entrelazamiento de actividades iguales o semejantes y relaciones contractuales entre cada centro de actividad, hace que sea tan denso ante terceros que aparece como una unidad. Así, no son terceros entre si, sino una misma unidad económica empresarial con un factor notorio: la actividad.

Esa actividad es en si misma el fin de la empresa: vender bienes o servicios a los consumidores. Estas empresas requieren entonces utilizar todos los medios necesarios para ese fin cual es la venta de la actividad de que se trate. Y uno de ellos, nuevamente, es la red –Internet-. Es así como surgen las empresas virtuales.

---

15 Para efectos de tener claridad de la estructura piramidal y material de las sociedades mercantiles, se transcribe el artículo 18 del Código de Comercio costarricense: “ARTÍCULO 18.- La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener: 1) Lugar y fecha en que se celebra el contrato; 2) Nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, estado civil y domicilio de las personas físicas que la constituyan; 3) Nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación; 4) Clase de sociedad que se constituye; 5) Objeto que persigue; 6) Razón social o denominación; 7) Duración y posibles prórrogas; 8) Monto del capital social y forma y plazo en que deba pagarse; 9) Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren. Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieron reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo; 10) Domicilio de la sociedad: deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones. (Así reformado por el artículo 1 de la ley N° 7413 del 3 de junio de 1994); 11) Forma de administración y facultades de los administradores; 12) Nombramiento de los administradores, con indicación de los que hayan de tener la representación de la sociedad con su aceptación, si fuere del caso; 13) Nombramiento de un agente residente que cumpla con los siguientes requisitos: ser abogado, tener oficina abierta en el territorio nacional, poseer facultades suficientes para atender notificaciones judiciales y administrativas en nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país. El Registro no inscribirá ningún documento relativo a la sociedad, si en los casos en que sea necesario, el nombramiento no se encuentre vigente. (Adicionado por el artículo 8° de la Ley Reguladora del Mercado de Valores N° 7201 de 10 de octubre de 1990 y así reformado por el artículo 1 de la ley N° 7413 del 3 de junio de 1994); 14) Modo de elaborar los balances y de distribuir las utilidades o pérdidas entre los socios; (NOTA: Numeración corrida por el artículo 8° de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990); 15) Estipulaciones sobre la reserva legal, cuando proceda; (NOTA: Numeración corrida por el artículo 8° de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990); 16) Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente; (NOTA: Numeración corrida por el artículo 8° de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990); 17) Bases para practicar la liquidación de la sociedad; (NOTA: Numeración corrida por el artículo 8° de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990); 18) Modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente y facultades que se les confieren; y (NOTA: Numeración corrida por el artículo 8° de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990) 19) Cualquier otra convención en que hubieren consentido los fundadores. (NOTA: Numeración corrida por el artículo 8° de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990).”

Dos son las modalidades: la empresa real virtual y la empresa virtual. La primera, son todas aquellas que teniendo existencia física y moral, establecen un sitio en la red para que los usuarios accedan y se establezcan relaciones de consumo. Pero también hay aquellas que son únicamente virtuales. Están en la red mediante un sitio, pero no tienen personería jurídica y no tienen existencia física; son solo eso, virtuales.

En cualquiera de los casos, estas empresas se presentan ante el público consumidor en diferentes tipos de plataformas o sitios: tienda especializada virtual, tienda directa virtual del fabricante, el almacén virtual, subastas en línea, el supermercado virtual y hasta el cybermall.<sup>16 17</sup>

Estas empresas entonces, no necesariamente tienen razón social<sup>18</sup>, domicilio, socios, estructura administrativa. No necesariamente tienen una estructura del sistema red y menos aun del sistema tradicional piramidal. De manera que la imputación de responsabilidad no es tampoco la tradicional y la legislación aplicable no es la de su “domicilio”.

### 6.2.2.- El Consumidor Virtual

Consumidor virtual es el usuario -persona física o jurídica-, que adquiere bienes o servicios a través y mediante la utilización del ciberespacio; de quien realiza la prestación en

forma habitual en la red, a cambio del pago de un precio, el que se realiza mediante el ingreso en cuenta, contra reembolso, uso de tarjeta de crédito o ciberdinero.

Estos cibercosumidores o usuarios de comercio electrónico, tienen un perfil definido.<sup>19</sup> La gran mayoría son hombres solteros y en menor medida casados, jóvenes sin hijos y son más los varones que las mujeres. Los usuarios suelen ser en su mayoría de ciudades grandes, con alto nivel de estudio, alto nivel tecnológico y nivel económico medio alto.

De cualquier manera, estos clientes o consumidores virtuales, sean usuarios finales o representantes de organizaciones o personas jurídicas que adquieren los bienes o servicios que se ofrecen a través de las diferentes plataformas, son personas de carne y hueso. Tienen su historia, sus sentimientos, sus preferencias. Tanto es así, que las empresas virtuales dedican numerosos recursos a delinear el perfil de sus consumidores potenciales. Pero aun así, se debe recordar que hay un ser humano detrás del “mouse” que hace clic en un botón y que éste merece respeto; el respeto de la dignidad de toda persona humana.

Este desafío es más importante que nunca en esta recién nacida “cultura digital”. Así, es deber, tanto de los comerciantes virtuales como

16 Mediante ciberencuesta realizada en: <http://www.mixmarketing-online.com>, durante los meses de febrero y marzo del año 2003, la Tienda Especializada Virtual es, con diferencia, el tipo de comercio en la Red más utilizado en las compras (66%), seguido de la tienda directa virtual del fabricante (25%), el gran almacén virtual (16%), las subastas online (14%) y el super o hipermercado virtual (12%).

17 Cybermall es un Centro Comercial Virtual que agrupa bajo el mismo dominio y sitio web a un cierto número de cibertiendas, organizadas por calles. Algunos Cybermalls funcionan como una réplica de los centros comerciales offline, es decir, alquilan un espacio en el cual las cibertiendas, ceñidas a unas condiciones tecnológicas determinadas, pueden exponer sus productos y realizar ventas online.

18 Si nombre comercial, con el que se presentan al público consumidor, pero no necesariamente tienen una sociedad tradicional que sea su dueña.

19 Véase la encuesta referida en <http://www.mixmarketing-online.com>.

del Estado, procurar ese respeto y respetar los derechos que como consumidores, finalmente seres humanos, tienen.

### **7.- Formas de protección al consumidor en la relación de consumo virtual**

El punto de partida para el uso seguro de Internet es reconocer que las reglas vigentes en el mundo real son válidas también para el ciberespacio. Esta afirmación sirve para confirmar que, si bien en Internet parece que “todo vale”, se debe seguir, al menos en principio, los parámetros que regulan la convivencia humana en la vida real.

Esta convivencia humana ha enseñado que es necesario establecer parámetros de comportamiento, porque, si se abandona a sus puros dinamismos espontáneos, corre el riesgo de terminar siendo una selva donde se impone la ley del más fuerte. Este marco de comportamiento se logra a través de la legislación y la relación contractual.

Pero parece ser que la tecnología le ha ganado en velocidad a los poderes legislativos, que poco a poco deberán establecer –con ayuda de la propia técnica- un marco suficiente para defender el ejercicio de la libertad responsable en el espacio cibernético. Estas reglas deben ser de aprobación internacional, de manera que su aplicación sea global.

La redacción, firma y ratificación de un tratado internacional sobre el consumo virtual, que sea cuna de sus principios, es la solución más viable para proteger a los ciberconsumidores. Este tratado contendrá además la legislación local aplicable en caso de conflicto, el procedimiento, tipo de garantías, plazo y demás derechos básicos.

Pero como esta solución para la protección del consumidor virtual, no parece estar cerca, se plantea la necesidad de que, toda relación de consumo ciberespacial, se realice mediante un contrato de adhesión en línea. Este es una modalidad de contrato tipo adhesión que se formaliza haciendo clic sobre un botón que indique la palabra “acepto” o similar.<sup>20</sup> En los contratos de adhesión online las condiciones del mismo tienen que estar expuestas en una página o sitio de red previa a la de acceso a los servicios o bienes ofertados. Sólo su aceptación permite al lector acceder a los mismos. Así, dentro de estas condiciones se debe establecer siempre los derechos del consumidor virtual y la legislación nacional aplicable, como el procedimiento de reclamo en caso de aplicar.

En todo caso, el aprecio y el respeto de la persona en sí misma, es el primer paso y fundamento para un desempeño ético de cualquier forma de relación de consumo. Este comportamiento es y debe ser la base también para el consumo virtual.

---

20 Al contrato de adhesión en línea también se le conoce como contratos “clickwrap”. El nombre es una adaptación en Internet de los contratos llamados “shrinkwrap” del mundo informático (que implican la aceptación de una licencia de uso mediante la apertura del plástico continente de los CDs o diskettes portadores del software cuya licencia se adquiere).



# LOS DELITOS DE LA LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: PROTECCIÓN Y DESPROTECCIONES.

**Prof. Gustavo González Solano**  
**Profesor de Lógica jurídica**  
**Facultad de Derecho**  
**UCR**

## **Sumario**

El presente trabajo analiza los tipos penales contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, con la finalidad de aclarar su aplicación práctica, y evidenciar serios errores de redacción, que contradiccion la visión protectora y, en realidad, en lugar de aumentar, disminuyen las garantías penales ya establecidas en el mismo Código Penal, contras las mujeres que están en una relación de pareja legalmente establecida o una unión de hecho declarada judicialmente.

## **Introducción**

La Ley N° 8589 aprobada el 25 de abril de 2007 y publicada en La Gaceta el día 30 de mayo de 2007 denominada "Penalización de la Violencia contra las Mujeres" (LPVM) se estableció cuatro

categorías básicas de delitos para proteger a las víctimas de la violencia física, psicológica, sexual y patrimonial. En particular las mujeres que se encuentran en relaciones de pareja, entiéndase éstas sean relaciones matrimoniales o uniones de hecho declaradas o no Esta Ley tuvo una inmensa discusión política y social, intensificada por el sensacionalismo de los medios de comunicación que presionaban la aprobación de esta ley, como medio cuasi-mágico para eliminar la Violencia Doméstica en nuestro país.

El siguiente estudio quiere abordar los aspectos lógico-jurídico<sup>1</sup> y semánticos<sup>2</sup> de las normas aprobadas y su eventuales correlatos con el actual Código Penal<sup>3</sup>, con la finalidad de brindar una adecuada valoración y comparación que sirva de guía y estudio de la LPVM, su mejor aplicación o las eventuales y subsecuentes reformas que se deseen plantear al respecto.

---

1 GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). Lógica jurídica. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2003. También FREUN (Max A.) Lógica jurídica. San José. Editorial Tecnológica de Costa Rica. 2007 y el clásico CAMACHO NARANJO (Luis). Lógica simbólica básica. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. Segunda edición. 2003.

2 GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). Semiótica jurídica. San José. Investigaciones jurídicas S.A. 2002.

3 La comparación tiene su valía dado que la Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres (LPVM) no reformó ni derogó ninguna de las normas contenidas en el Código Penal (CP), sino que ambos cuerpos normativos rigen al mismo tiempo, por lo que es menester hacer una análisis de la aplicación de la norma pertinente a raíz de esta particular situación.

## I. **Violencia física.**

La Violencia física contra la mujer\*<sup>4</sup> se contempla en los artículos 21, 22 y 23 de la LPVM bajo las denominaciones de: Femicidio, Maltrato y Restricción de la Libertad de Tránsito.

*a su manceba o concubinado o si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho.” (cursiva no es del original)*

### A. **Femicidio**

Señala el artículo 21 de la LPVM que:

“Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o N° ”

Nuestro Código Penal (CP) contemplaba también esta acción en el artículo 112 inciso a) al señalar que:

“Homicidio calificado  
ARTÍCULO 112.-Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:  
1. A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos,

### 1) **Sujeto pasivo ampliado.**

Se observa que la mujer en relación de pareja que contempla el artículo 112 inciso a) del CP, es solamente de dos tipos:

La que está en relación de matrimonio (cónyuge) y,

La concubina<sup>5</sup> que procreó uno o más hijos y lleva vida marital por lo menos dos años.

La LPVD amplió el sujeto pasivo femenino del delito de homicidio calificado del artículo 113 inciso 1), al estipular que también la mujer que esté en unión de hecho declarada<sup>6</sup> o N° Esto quiere decir que, la mujer en unión de hecho declarada, es decir, aquella

4 A lo largo del texto utilizaré la palabra mujer\* para referirme a las mujeres en relaciones de matrimonio o en uniones de hecho declaradas o no, como una forma abreviada y económica de redacción. Por lo anterior, no debe interpretarse que es cuando se haga dicha indicación es para cualquier tipo de mujer, sino solamente para las que se encuentran en estas situaciones, dado precisamente los objetivos de la LPVM.

5 Nota terminológica curiosa: el artículo 112 inciso 1) hace referencia a manceba o concubinado, supuestamente para hacer mención de la mujer u hombre respectivamente que tienen vida marital sin estar casados. Lo particular es que la palabra manceba hace referencia a una persona joven, y más arcaicamente a un esclavo. No a una persona que lleva vida extramarital. En este caso parece que se confundió la palabra manceba con el amancebamiento que significa el trato sexual habitual entre hombre y mujer sin estar casados. Pero la mujer en amancebamiento no es una manceba sino una amancebada. Por lo que aunque se parezcan mucho las palabras son muy diferentes en su significado. Pero peor es aún la utilización de la palabra concubinado ya que ni siquiera existe en el idioma español, sino que lo único que existe es la palabra concubina para hacer mención a la mujer que vive en concubinato. Lo anterior es tan erróneo como escribir yerna o nuero. Resumen: la norma inventó palabras e invirtió los términos y escribió: manceba y concubino, cuando debió redactarse amancebado o concubina.

6 De conformidad con el artículo 242 del Código de Familia: “La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.”

relación pública, notoria, única y estable con una duración mayor de 3 años, se protegen independientemente de la existencia o no de hijos en la relación.

Esto quiere decir que ahora se aumenta el número de sujetos pasivos femeninos que pueden ser objeto de protección:

- i) La que está en relación de matrimonio (cónyuge) y,
- ii) La concubina que procreó uno o más hijos y lleva vida marital por lo menos dos años.
- iii) La mujer en unión de hecho: en relación de pareja pública, notoria, única y estable con una duración mayor de 3 años.

Primeras dudas del análisis: ¿por qué solamente ese tipo de mujeres? Hay muchos otros casos, donde también las mujeres por el tipo de situación o relación de pareja, no necesariamente en unión de hecho declarada judicialmente<sup>7</sup>, enfrentan peligros derivados de esa relación, como puede ser:

mujeres que no tengan aptitud para estar en uniones de hecho, por estar separadas de hecho o judicialmente, o bien,

que su pareja hombre no tenga esa aptitud, por estar casado o separado de hecho o judicialmente.

En estos casos también existe la problemática de la violencia familiar en la pareja y aparentemente son dejados de lado.

Pero lo curioso [qué no deja de ser también problemática para efectos de interpretación] es que la misma redacción de la norma genera una pequeña confusión al indicarse al final: "en unión de hecho declarada o no".

## 2) El adverbio de negación: "no".

¿Qué significa esa frase negadora "o no"?  
 ¿Qué se protege a la mujer en uniones de hecho declaradas judicialmente y en las no declaradas judicialmente?, o bien ¿a las mujeres que no están en uniones de hecho declaradas judicialmente pero sí en otros tipos de uniones de hecho? Es decir, ¿qué niega este "no" en esa oración? ¿Niega la unión de hecho declarada judicialmente o niega toda unión de hecho independientemente de si es reconocida o no?

En el caso de las uniones de hecho declaradas judicialmente, la redacción en realidad se auto-anula, ya que es como afirmar: "la mujer en unión de hecho declarada o no", es decir, la mujer en cualquier tipo de unión de hecho.

Lo extraño de la redacción es: ¿para qué indicar que las mujeres estén en uniones de hecho declaradas, si luego inmediatamente se

---

7 Según el artículo 243 del Código de Familia: "Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitará por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante.

dispensa de ese requisito, al decir “o no”? Es como afirmar: “la mujer casada o no”, que es prácticamente igual a decir, “cualquier mujer” independientemente de su estado civil.

Revisemos brevemente todas las posibilidades: se sabe con certeza que la mujer protegida en la norma es la que está o casada o en unión de hecho declarada judicialmente. Hasta aquí no hay confusión. La duda surge con las siguientes relaciones:

la mujer en unión de hecho no declarada judicialmente.

la mujer que no está en unión de hecho reconocida.

Estas dos son situaciones diferentes:

Primera interpretación	Segunda interpretación
El primer caso es el de la mujer que cumple todos los requisitos (pública, pacífica, única y estable por 3 años) para estar en una unión de hecho pero simplemente no ha sido reconocida judicialmente.	El segundo caso es el de la mujer que no cumple los requisitos (no es pública, ni pacífica, ni única ni estable ni tiene 3 años) para estar en una unión de hecho reconocida por la ley

Depende la interpretación que se le dé a esa frase de negación, así será la cobertura de la protección de la norma: ampliada o restringida. Con la primera interpretación, es decir, que la frase negadora, solamente niega el reconocimiento judicial de una unión de hecho que es posible reconocer, se da una cobertura solamente a aquellas mujeres indicadas en el esquema inicial: las casadas y las que tienen

una relación pública, pacífica, única y estable por más de 3 años.

No hay mayor cobertura que la estipulada en la norma, y se mantiene la crítica de las mujeres que están en una relación de pareja y con la misma problemática de violencia doméstica, pero no pueden ser objeto de protección de la norma, por no cumplir los requisitos indicados anteriormente.

Con la segunda interpretación: que la frase negadora niega la misma definición de unión de hecho, se amplifica la cobertura de protección de las mujeres, ya que cualquier unión que no sea necesariamente pública, ni notoria, ni única ni estable y con una duración menor de 3 años, son también serían reguladas por la norma. Las simples relaciones de noviazgos, o uniones sin el cumplimiento de los requisitos de publicidad, notoriedad, exclusividad ni estabilidad serían cubiertas para la protección de la mujer.

La cantidad de sujetos pasivos se aumenta no solo incluyendo las esposas, las mujeres en uniones de hecho judicialmente declaradas sino también cualquier mujer en una relación de pareja. Pero ¿si se amplía la tipificación de los tipos de mujeres que pueden ser objeto de este delito es para particularizar su sanción, o dicho aumento de sujetos pasivos ya estaba contenido en las regulaciones vigentes del Código Penal? Veamos.

### 3) Penalidad divergente entre hombres y mujeres\*

Ciertamente se agrava la sanción dado que la muerte de una mujer fuera de las condiciones estipuladas en el artículo 112 inciso 1) del Código Penal [y fuera de los tipos específicos de los demás incisos de ese mismo artículo], serían homicidios simples contemplados en el



artículo 111 del CP, penalizados con doce a dieciocho años de prisión.

Con este delito se aumenta la penalidad de veinte a treinta y cinco años. Ciertamente aumenta la cobertura de protección de los derechos de la mujer. Pero lamentablemente dicha norma plantea un tratamiento desigual cuando es la mujer la autora del delito. En este caso, la pena se mantiene igual, sin incremento ni disminución, sancionado de doce a dieciocho años de prisión, ya que la muerte de un hombre en una relación de pareja a manos de la mujer, fuera de las condiciones estipuladas en el artículo 112 inciso 1) del CP, será considerado normalmente un homicidio simple<sup>8</sup>.

Solamente será tutelado por el CP y considerado de manera agravada si el hombre es el cónyuge o el amancebado con hijos en común y vida marital de por los menos 2 años. Es decir, al hombre se le solicitan más requisitos por cumplir que la mujer para obtener la misma protección jurídica.

Resumen: si el hombre no tiene hijos en común, su muerte se cotiza de 12 a 18 años. Si tiene hijos en común será de 20 a 35 años. En el caso de la mujer\* no importa si tienen o no hijos en común, siempre será de 20 a 35 años.

Lo que se evidencia es un tratamiento de política criminal claramente desigual e injustificado, en razón de que independientemente de la problemática de la violencia doméstica en que cual se desenvuelvan las mujeres o los hombres, el bien jurídico tutelado es siempre el compartido por ambos géneros: la vida humana.

## **B. Maltrato (físico)<sup>9</sup>**

Establece el artículo 22 de la LPVM que:

“A quien de manera grave o reiterada agrede o lesione físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, se le impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años, siempre que la agresión o lesión infringida no constituya un delito de lesiones graves o gravísimas.”

### **1) Contradicciones y desprotecciones**

Inicialmente esta norma regula tres supuestos de lesión (o agresión que en este caso son sinónimos), penalizados de la misma manera:

1. Lesión grave
2. Lesión reiterada
3. Lesión grave y reiterada

8 Obviamente si no es ubicable en alguna de los otros motivos tipos específicos de homicidio calificado (art. 112 del CP) o atenuado (art. 113 del CP).

9 Finalizada la redacción de este trabajo se dio la noticia que la Sala Constitucional mediante el voto N° 15447-08 del 15 de octubre de 2008 había declarado inconstitucional el artículo 22 y el artículo 25 de la LPVM. Lamentablemente al momento de la publicación no existían los fundamentos que estimo la Sala (en votación dividida de 4 contra 3) ni los votos salvados correspondientes. Sin embargo, lo anterior no obsta para que este estudio evidencie las falencias lógicas y jurídicas que presentaba dicha norma como un antecedente histórico de la pésima redacción legal de este delito.

Lo primero que extraña es que esa norma tiene varias lecturas curiosas y contradictorias:

No solamente la lesión grave es penalizada, sino también la lesión reiterada (caso número 2). El inconveniente de esta redacción es que no se sabe qué tipo de gravedad o intensidad debe tener la lesión reiterada (¿levísima, leve, grave o gravísima?) para ser considerada un delito.

Se penaliza de la misma forma la lesión grave, y la lesión grave y reiterada (los casos números 1 y 3) como si fueran tipos penales iguales, cuando desde la más elemental teoría del Delito se sabe que no lo son<sup>10</sup>.

Lo anterior va a producir irremediamente las siguientes contradicciones lógico-jurídicas. La primera de ellas es la siguiente:

Quién de manera grave lesione físicamente a una mujer\* se le impondrá una pena de seis meses a dos años, siempre que la lesión infringida no constituya un delito de lesiones graves.

¿Qué tipo de lesión puede ser grave, tal que no constituya el delito de lesión grave? Según el CP indica en su artículo 124 para que una lesión sea grave debe causar una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado un marca indeleble en el rostro<sup>11</sup>.

Otros tipos de lesiones (más severas o menos graves) son lesiones gravísimas<sup>12</sup> o lesiones leves<sup>13</sup>. Pero sería extraño llamar una lesión grave a una lesión que el CP denomina leve,

---

10 CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 1982.

11 Lesiones graves ARTÍCULO 124.- Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado un marca indeleble en el rostro."

12 Lesiones gravísimas ARTÍCULO 123.- Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

13 Lesiones leves ARTÍCULO 125.- Se impondrá prisión de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes.

ya que un daño en el cuerpo o en la salud, que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes, técnicamente no es “grave”, en el sentido usual del término. Obviamente es un contrasentido denominar grave a algo que no lo es.

Porque si la lesión es grave [seriamente hablando], es decir es una lesión que debilita persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o incapacita a la mujer para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le dejó un marca indeleble en el rostro, la sanción es de 1 a 6 años de prisión. No como señala la LPVM de 6 meses a 2 años.

La LPVM desprotege a la mujer en este tipo de delitos, dado que la sanción estipulada para el maltrato grave es evidentemente menor, a la establecida en el CP para la misma acción, donde la penalidad es mayor. Con lo cual, el agresor es indebidamente beneficiado y la mujer\* injustamente desprotegida, e inclusive desigualmente tratada con relación a las mujeres que no están en relaciones de pareja, donde se evidencia una clara discriminación entre mujeres, que no tiene ningún motivo, ni justificante alguno. Es decir, el artículo 22 de la LPVM viola el artículo 33 de la Constitución Política<sup>14</sup>, ya que practica una discriminación entre las mujeres que están en relaciones de pareja, de las que no lo están, por lo cual es inconstitucional<sup>15</sup>.

La segunda lectura interesante es la palabra “reiteradamente”, dado que esto quiere decir que, la agresión o lesión debe ser múltiple o repetida para que sea delito. No es delito la única lesión o agresión, sino que deben existir por lo menos dos o más lesiones o agresiones. Lo cual, jurídicamente no tiene sentido porque no penaliza la primera lesión o agresión, con lo cual la deja impune, cuando lógicamente basta una simple y sola lesión o agresión para considerar el bien jurídico tutelado [que es la integridad física<sup>16</sup>] violentado.

La redacción del artículo 22 de la LPVM genera un serio problema tipificador:

Por un lado, no penaliza las únicas lesiones o agresiones que sufre la mujer\*.

Pero por otro lado, cuando la conducta es reiterada (sea lesión o agresión) su penalidad es menor que la que otorgaría el mismo CP.

Cuando sea una sola lesión grave, no punible según la LPVM, el CP se aplicará con una sanción de 1 a 6 años de prisión. Pero cuando sea reiterada, no se aplicará el CP, y en su lugar entra en juego la LPVM, con una sanción de 6 meses a 2 años. Lo cual es contradictorio, dado que en el caso más grave, que es la conducta reiterada, se le premia al agresor con una sanción menor. Mientras que en el

---

14 Artículo 33 de la Constitución Política: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

15 HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). La Tutela de los Derechos Fundamentales. San José. Editorial Juricentro. 1990.

16 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier) y RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marco). Comentarios al Código Penal. San José. Editorial Juricentro. 1989.

caso menos grave, o se le deja impune si se le acusa por la LPVM, o bien, se le sanciona más duramente si se le aplica el CP.

Pero aún persiste un problema de definición: ¿cuándo es reiterada una conducta? Supuestamente es menester la presencia de una acción igual anterior impune, para que subsecuentemente el mismo hecho se repita y así se dé la aplicación de la norma. Pero el problema de la reiteración misma está (independientemente del delito que sea) en su propia conformación: ¿cuándo hay una reiteración?

Si el hecho igual anterior no tuvo ningún tipo de penalidad, la primera acción es por sí misma libre de sanción. Lo cual permite su impunidad y la desprotección de la víctima. Por lo que, paradójicamente es necesario esperar la existencia de otra subsecuente acción para configurar la reiteración de la falta.

Al no existir indicación alguna de cómo una acción es repetida o reiterada, no se identifica cuándo es sancionable o no ¿Cuánto hay que

esperar? ¿Es inmediata o posterior? ¿Cuándo caduca la primera falta y empieza a regir una nueva? ¿Vence en algún momento la primera falta o es eterna? Más aún no se sabe si una lesión o agresión es un hecho independiente de otro, que podría y debería sancionarse también independientemente; o si es menester esperar el paquete del doble o triple agravio para sancionarlo una sola vez.

Así extrañamente la norma permite la existencia de un agravio previo impune y al mismo tiempo, la necesaria consolidación de un grupo de agravios mediante una sola sanción, llegando al absurdo de sancionarse con una sola penalidad un conjunto muy numeroso y hasta casi infinitito de acciones, dado que se reúnen todos ellos como acciones “reiteradas”.

Cuando en una buena lógica<sup>17</sup>, la sola existencia de un agravio debe dar cabida a la existencia de una sanción, y cada lesión o agravio debe ser tipificado como un delito independiente, en los cuales haya una suma de delitos y una suma de sanciones, y no una reunión de acciones para otorgarle una sola sanción.

---

17 ARROYO GUTIÉRREZ (José Manuel) y RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexander). Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. San José. Editorial Jurídica Continental. 2003.

Con dicha norma acontecerá jurídicamente que:

Ley	Conducta	Resultado
LPVM	Una <b>única</b> agresión o lesión grave a una mujer*	Impune
CP	Una agresión o lesión grave para una mujer que no está en relación de pareja.	Punible Sanción de 1 a 6 años de prisión.

Y así mismo:

Ley	Conducta	Resultado
LPVM	Dos lesiones o mil agresiones para una mujer*.	Un <b>único</b> delito sancionado de 6 meses a 2 años, dado que son reiterados.
CP	Dos lesiones graves a una mujer que no está en relación de pareja, es punible como dos delitos independientes.	Hasta por 12 años de prisión, dado que se suman las condenatorias, por ser acciones separadas.

Por lo anterior, nuevamente la exigencia de la reiteración, reitera una desigualdad entre mujeres\* y mujeres sin relación de pareja, se reitera la discriminación y se reitera la inconstitucionalidad.

Por último, no sobra decir, el problema probatorio que genera la reiteración, dado que se debe demostrar la repetición de la conducta, lo cual no siempre es posible, dado que no hay siempre disponibles precedentes judiciales de su existencia (precisamente porque son

impunes), y hasta puede darse el caso del ocultamiento de la lesión anterior por la lesión actual, lo que imposibilitaría la aplicación de la norma del LPVM. Con lo cual dicho artículo 22 de la LPVM sería inaplicable en la práctica.

### C. Restricción a la libertad de tránsito

El artículo 23 de la LPVM estipula lo siguiente:

“Será sancionado con pena de prisión de dos a diez años, quien, sin ánimo de lucro, prive o restrinja la libertad de tránsito a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

La conducta no será punible, si la restricción es impuesta por el jefe o la jefa de familia, como medida para salvaguardar la integridad y la seguridad de ella o la de los otros miembros del grupo familiar.”

Dicha norma contempla la posibilidad de sancionar la privación o restricción de la libertad de tránsito de la mujer. Su norma homologa es la contenida en el artículo 191 del CP denominada:

“Privación de libertad sin ánimo de lucro  
ARTÍCULO 191.- Será penado con prisión de seis meses a tres años al que sin ánimo de lucro, privare a otro de su libertad personal.”

Esta otra norma regula la acción que prive a otra persona de su libertad personal. ¿Es lo mismo la libertad personal que la libertad de tránsito? La respuesta es decididamente N°

#### 1) Libertad personal versus libertad de tránsito

Según las definiciones tradicionales de libertad personal, esta puede ser definida

de manera positiva y de manera negativa. De manera positiva como la posibilidad de autodeterminación y autonomía del ser humano para llevar a cabo las acciones y actos que desee siempre que no violente otras libertades de otras personas, restringida por la moral social, el orden público y las buenas costumbres. Conceptuada negativamente es la ausencia de coacciones morales o físicas, privadas o estatales que le imposibiliten el desarrollo de sus actividades<sup>18</sup>.

La libertad personal es la capacidad general de autodeterminación, de autonomía y desarrollo propio consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política<sup>19</sup>. La libertad de tránsito está íntimamente ligada con la libertad personal, pero son libertades diferentes.

La libertad de tránsito es la posibilidad que tiene toda persona de desplazarse libremente a cualquier otro lugar del país. La libertad personal no es solamente la posibilidad de desplazamiento, sino también la posibilidad de elegir y desarrollar cualquier otra conducta diferente al desplazamiento, como puede ser el permanecer libremente en un lugar determinado, o bien, que no existan ni le imponga a la persona restricciones para su permanencia. Toda libertad de tránsito es una libertad personal, pero no toda libertad personal es libertad de tránsito.

Por lo anterior, cualquier cobertura y protección de la libertad personal, va a incluir necesariamente a la libertad de tránsito. La libertad personal es el género y la libertad

de tránsito una especie de ese género. Así, por ejemplo: puede acontecer que la mujer\* no desee desplazarse a ningún lugar en particular, pero su esposo la tiene “retenida” en su casa, impidiéndole salir; o bien puede ser que la mujer\* desee permanecer en un lugar concreto y el hombre le imponga requisitos o restricciones particulares.

En ambos casos hay una restricción a la libertad personal, pero no necesariamente a la libertad de tránsito. No necesariamente la privación de la libertad, siempre concierne a la privación de la libertad de tránsito. Con lo cual, con el artículo 23 de la LPVM se dejan desprotegidas una serie de posibilidades (opciones, libertades paralelas), que deberían válidamente ser aseguradas, pero en este caso la LPVM deja de lado.

Dicho artículo prioriza un tipo específico de la libertad personal, que es la libertad de tránsito, la cual tampoco es necesariamente siempre es la más importante, ya que no siempre es lo principal para una persona es el desplazamiento, sino la posibilidad y el derecho de no estar coaccionado, ni atado ni preso, independientemente de querer movilizarse o no a otro lugar.

Por lo anterior, esta norma exagera desproporcionadamente la valía de un tipo particular de libertad, elevando no solo la penalidad de la infracción, ya que la eleva hasta 10 años de prisión, sino también declarando como de mayor relevancia un tipo de libertad que no necesariamente es ni la única ni siquiera la más importante.

18 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. El Derecho de la Constitución. San José. Editorial Juricentro. Volumen II. 1994. P. 412.

19 “Artículo 20. Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava.”

Inversamente dicha norma minimiza otras libertades personales, al no ampararlas mediante su normativa, y dejándolas al contenido y sanción establecida en el artículo 191 del CP que es de seis meses a tres años.

En razón de ello se puede dar el caso que privaciones de libertad sin ánimo de lucro de una mujer\*, que no impliquen la libertad de desplazamiento, quedarán impunes de conformidad con la LPVM, como puede ser la retención indebida del hombre respecto a su mujer\* en su lugar de vivienda, independientemente de la voluntad de ella de salir o permanecer; o en el mejor de los casos tendrá una sanción inferior a la LPVM, como la otorgada en el CP de 6 meses a 3 años.

Y solamente se aplicará el artículo 23 de la LPVM cuando esté involucrada la libertad de desplazamiento, no la libertad de autodeterminación y autonomía de la mujer de trasladarse, permanecer o dirigirse a cualquier otro lugar que desee ir.

Con lo cual nuevamente se reitera el tratamiento desigual y discriminatorio entre mujeres\* y mujeres sin relación de pareja, ya que nuevamente se darán tratos disímiles entre personas iguales e idénticas en género:

Si una mujer\* se le priva de su libertad personal [y esta no implica la libertad de tránsito], no se aplica la LPVM, solo el CP.

Si una mujer sin relación de pareja se le priva de libertad personal, se le aplica el CP

Si una mujer\* se le priva de su libertad de tránsito se le aplica la LPVM.

Si una mujer sin relación de pareja se le priva de su libertad de tránsito se le aplica el CP

En resumen: la libertad de tránsito está indebidamente sobrevalorada, con relación a otras libertades que integran la libertad personal, que también injustificadamente infravalora, dado que hay otras libertades que integran la libertad personal (como la autodeterminación, la autonomía) que deberían ser igualmente tratadas y valoradas o más aún, tener una regulación normativa mayor que la misma libertad de tránsito.

Tal vez se pensó que al tipificar las restricciones a la libertad de tránsito, se contemplaba todo el contenido de la libertad personal. Pero esto solamente acontece con el delito de plagio:

“Plagio

ARTÍCULO 189.- Será reprimido con prisión de cuatro a doce años, quien reduzca a una persona a servidumbre o a otra condición análoga o la mantuviere en ella.”

En razón de su alta penalidad, el delito de plagio del CP se asemeja a la penalidad del delito de restricción a la libertad de tránsito de la LPVM, dado que efectivamente el delito de plagio, no solamente restringe dicha libertad, sino todas las demás libertades que integran la libertad personal, ya que al reducir o mantener a una persona en servidumbre, como una especie de esclavo o esclava, es evidente la eliminación y el grave perjuicio ocasionado a su autonomía y autodeterminación.

Pero de igual manera, lo anterior no hace más que reiterar que la extraña regulación en materia de violencia física, ya que se amplifica

desmedidamente la importancia de una libertad, en contrapelo a las otras libertades integrantes e igualmente valiosas para cualquier mujer.

## 2) Injustificada causal de justificación

El mismo artículo 23 de la LPVM, en su segundo párrafo plantea una curiosa causal de no punibilidad:

“La conducta no será punible, si la restricción es impuesta por el jefe o la jefa de familia, como medida para salvaguardar la integridad y la seguridad de ella o la de los otros miembros del grupo familiar.”

Es de suponer que estos son los casos donde, el hombre (jefe de la familia) priva o restringe la libertad de la mujer para salvaguardar la integridad de ella, la seguridad de ella, o la integridad o la seguridad de los otros miembros del grupo familiar. Pero no necesariamente dicho párrafo contempla esa posibilidad, dado que lo primero que hay que preguntar es ¿qué significa jefe o jefa de familia?

Este tipo de rol social es sumamente confuso. No necesariamente quien aporta la alimentación, la seguridad y la protección sea necesariamente el jefe o jefa de familia. El jefe de familia puede ser el cónyuge, pero también el padre de la mujer, un tío, un hermano mayor. Al igual, la jefa de familia puede ser la madre de la mujer que tiene una pareja, la abuela, la tía, la hermana. Dicho rol se establece a veces de manera única y autoritaria, o bien, de manera compartida, o bien, no existe del todo. Y sin entrar a suponer roles jerárquicos que benefician o degradan a la mujer\*, la definición del titular de la justificación legal no es clara aquí, dado que no hay una conceptualización concreta de quién es la persona que no va a ser penalizada por la restricción de la libertad de tránsito de la mujer\*.

No es posible estipular en una norma una causal de justificación, basado en un rol familiar indefinido, quien además determinará la legitimidad de su propia conducta, dado que ese jefe o jefa de familia debe definir las acciones concretas que salvaguardan la integridad o la seguridad de la mujer\* o sus hijos.

Esto quiere decir que se delega a una persona indeterminada el contenido indeterminado de acciones con base en criterios puramente ambiguos y confusos. ¿Cuál integridad: la física, la moral?, ¿cuál seguridad de ella, del grupo familiar?, ¿Impedirla ver a su amante es proteger la estabilidad de la familia?, ¿estaría legitimado el esposo para impedirle su libertad de tránsito? Son preguntas que no tienen respuesta previa y que tampoco la norma ayuda a resolver.

Los casos en los cuales supuestamente se pudiera justificar la restricción a la libertad de tránsito, son por demás muy extraños:

- Primero: que exista una situación real de peligro o riesgo para la mujer\*.
- Segundo: que la mujer\* no tenga conocimiento de esa situación, dado que si ella lo supiera no se expondría a ese peligro o riesgo.
- Tercero: que la mujer\* aun conociendo ese peligro o riesgo decida desplazarse, lo cual es aún más extraño, dado que ello ameritaría una valoración psicológica o psiquiátrica, dado que estaría en juego su sano juicio para efectuar ese traslado.
- Cuarto: que la privación o restricción de la libertad de tránsito de la mujer\* sea el medio idóneo para salvaguardar su integridad o seguridad.



Quinto: que la mujer\* no acepte esa restricción de su libertad de tránsito para salvaguardarla del peligro a su integridad o seguridad o la integridad y seguridad de otros miembros de la familia. Lo cual es aún más extraño, dado que se pensaría que la mujer\* desea buscar o encontrarse con esa situación que pone en peligro o riesgo su vida o la de los otros miembros del grupo familiar, como sus hijos o su cónyuge.

Por lo anterior, que hasta que no estén definidos y estipulados estos términos [jefe o jefa de familia, el peligro o riesgo del cual hay que salvaguardar a la mujer\*, qué tipo de integridad- física, moral-, la seguridad, el conocimiento o no de ese peligro o riesgo, la aceptación de esa situación, el estado mental de la mujer\*, etc.], la aplicación concreta del delito de restricción a la libertad de tránsito estará supeditada a una justificante, injustificada.

## **II. Violencia emocional**

La Violencia emocional se protege mediante tres delitos contemplados en los artículos 25, 26 y 27, Violencia emocional, Restricción a la autodeterminación y Amenazas contra una mujer\* respectivamente.

Necesario es señalar que de la lectura de estos tres delitos se aprecia que engloban muchísimas más acciones diferentes a las señaladas en dichas denominaciones. Inclusive el mismo delito de Restricción de autodeterminación que está ubicado como un caso de violación emocional, en realidad, es un caso de una violación eminentemente física, como veremos a continuación. Pero analicemos primeramente el delito de Violencia emocional.

### **A. Delito de Violencia emocional<sup>20</sup>**

El artículo 25 de la LPVM señala:

“ARTÍCULO 25.- Violencia emocional  
Será sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o N° ”

Este delito se comete cuando se cometa un agravio donde se le ofenda, deshonre, descredite a la dignidad, decoro, reputación o la credibilidad de la mujer. Es decir, los casos de lesiones al honor de la mujer\*<sup>21</sup>. El CP tiene igualmente una serie de regulaciones relativas a la protección y la dignidad de la persona.

<sup>20</sup> Ver nota N° 9 supra citada anteriormente.

<sup>21</sup> Este artículo puede tener una lectura “psicológica” en el sentido de que el bien jurídico tutelado no sea su honor, sino su estado anímico y emocional. De esta manera cualquier ataque o agravio ha dicho estado que cause un desequilibrio emocional negativo o de dolor, angustia o frustración, sea considerado violencia “emocional”. Sería posible ello, en tanto y en cuanto, efectivamente la norma tuviera como uno de sus requisitos la efectiva alteración, menoscabo o disminución de ese estado psicológico de la mujer\*, situación que no consta en el texto. La norma, en realidad, hace referencia a algunos medios que producen ese menoscabo, pero no necesariamente su efectiva constitución. La mayoría de los verbos utilizados hacen mención al ataque de la dignidad o el respeto mismo de la persona. No a la estabilidad emocional de la mujer, que pueda ser lesionada. Por lo que para efectos de estudio, este delito no tiene al estado emocional como bien jurídico aún tutelado por el derecho de modo directo y exclusivo, sino al honor como su principal objeto de protección, y su lesión al estado emocional de modo indirecto y en conjunto con esa lesión.

### “Injurias

ARTÍCULO 145.- Será reprimido con diez a cincuenta días multa el que ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro, a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella.

La pena será de quince a setenta y cinco días multa si la ofensa fuere inferida en público.

### Difamación

ARTÍCULO 146.- Será reprimido con veinte a sesenta días multa en que deshonnare a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación.

### Calumnia

ARTÍCULO 147.- Será sancionado con cincuenta a ciento cincuenta días multa el que atribuya falsamente a una persona la comisión de un hecho delictivo.”

#### 1. ¿Cuándo es reiterado?

Nuevamente se presenta en el artículo 25 de la LPVM la incomodidad que tiene la palabra reiteración en su redacción. Recordemos los resultados:

Ley	Conducta	Impune
LPVM	El primer agravio a una mujer*.	Podría ser regulado por el CP si así lo decide la misma mujer.* <sup>22</sup>
CP	El primer agravio cometido a una mujer que no está en relación de pareja.	Punible.

Y de igual forma cuando son varias las acciones, se aprecia que:

Ley	Conducta	Impune
LPVM	Dos o más agravios (pueden ser cientos) a una mujer	Son punibles como un único delito.
CP	Dos o más agravios contra una mujer que no está en relación de pareja	Son punibles como delitos independientes, donde se suman independientemente las sanciones impuestas.

<sup>22</sup> Lo anterior es así, dada la naturaleza procesal de estos delitos que son delitos de acción privada según los artículos 19 y 380 a 387 del Código Procesal Penal.

Por lo anterior, la exigencia de la reiteración en ese tipo de delito, lo que hace es reiterar la aplicación [o desaplicación] absurda de la norma, la desprotección de la mujer\* en casos similares a las de las mujeres que no están en relaciones de pareja; el trato desigual, injustificado y discriminatorio entre las mismas mujeres, y su eventual declaratoria de inconstitucionalidad por violación al artículo 33 de la Constitución Política.

Para más detalles, se remite a lo señalado anteriormente para el artículo 22 de la LPVM.

## **2. Ofender: respetar, irrespetar o no respetar**

Como lo estipula los delitos contra el honor el CP, basta la ofensa a la dignidad o decoro de la persona, o la deshonra o propalación de especies idóneas para afectar la reputación, o la falsa atribución de un hecho delictivo, para que dicha acción sea punible.

En términos generales, el artículo 25 de la LPVM presenta como bien jurídico de la mujer su dignidad, su reputación, su honor, su credibilidad y reputación como persona. Lo particular de los delitos contra el honor, es que no solamente se pueden realizar mediante el insulto, la desvalorización, la ridiculización o la vergüenza, sino también mediante:

la atribución de falsos hechos,  
la divulgación de mentiras,  
la propalación de indignidades.

Acciones que no están contempladas en dicha norma y que también tiene un efecto negativo en el estado anímico y emocional de la mujer\*. Igualmente la norma deja de lado, otras formas de atacar el honor de la mujer\* que no necesariamente deben ser acciones, sino omisiones deliberadas como la omisión de hechos verdaderos, la silencio de verdades o aclaraciones que restauren el honor.

Para ofender no necesariamente hay que hacer o decir algo “malo”, sino también se puede afectar la honra y dignidad de una persona, omitiendo lo “bueno” o lo verdadero. Por lo cual, dicho artículo de la LPVM, no toma en cuenta otras formas distintas de ofender la dignidad y honra de la mujer\*, como:

la afirmación o reconocimiento de una verdad,  
la indiferencia,  
la falta de reconocimiento,  
la desconsideración,  
la irreverencia, que sí se toman en cuenta en el CP para las mujeres que no tienen relación de pareja.

Por lo cual, nuevamente se pueden volver a presentar las siguientes situaciones:

Ley	Conducta	Resultado
LPVM	Una ofensa al honor de la mujer* que no sean las acciones contempladas en la misma LPVM	Impune
CP	Una ofensa al honor de una mujer que no esté en relación de pareja.	Es punible

De igual manera:

Ley	Conducta	Resultado
LPVM	Una ofensa al honor de una mujer*.	Punible
CP	Una ofensa al honor de una mujer que no esté en relación de pareja contemplada en la LPVM	Es punible

Llama también la atención es la penalidad señalada por la norma: de seis meses a dos años de prisión. ¿Por qué aplicar una sanción tan importante para unos tipos de lesión muy particulares y específicos? Y dejar de lado, excluyendo deliberadamente, otros tipos de lesiones activos u omisivos que también lesionan el honor aún de una manera más grave y dañina que el simple insulto, la vergüenza o el bochorno, tal y como son:

la atribución de un hecho delictivo (calumnia) o,

la deshonra en su dignidad o reputación como mujer\*,

Tanto a nivel personal como profesional, donde es aún más valiosa su credibilidad e imagen social, que el desequilibrio psicológico causado por la vergüenza o el ridículo que protege la norma de la LPVM.

¿Por qué proteger y sobreestimar tanto algunas acciones que no lo merecen tanta protección ni valía? ¿Por qué desestimar otras acciones sumamente más importantes y graves que es menester proteger, y dejarlas relegadas sin el resguardo especial de la LPVM?

Es evidente que hay un claro desequilibrio en la jerarquía, en la relevancia y en la estimación de algunas acciones consideradas nocivas como agravios al honor, que no se consideraron pertinentemente en la creación de esta norma.

### 3. ¿Atemorizar es ofender? ¿Se ofende con el temor?

El mismo artículo 25 de la LPVM presenta el problema de la definición misma de violencia emocional, a la luz de los cinco verbos presentes allí: insultar, desvalorizar, ridiculizar, avergonzar o atemorizar.

Los primeros cuatro verbos ciertamente son acciones que ofenden la dignidad, decoro, reputación y credibilidad de la mujer\* y en realidad son medios y no acciones en sí, para ofender. Pero el quinto verbo (atemorizar) genera una lesión mayor y distinta a la que ocasionan las demás acciones, ya que es más gravosa y perniciosa que la simple ofensa.

Atemorizar es el anuncio y promesa de un mal o presente o futuro. Es la producción de un estado de miedo, temor, inseguridad, intranquilidad sobre la integridad física, moral o patrimonial de la mujer\*. Jurídicamente atemorizar es idéntico a intimidar o a amenazar.

Cuando se atemoriza el bien tutelado ya no es la lesión al honor, sino la vida, la integridad física, la propiedad o cualquier otro bien jurídico disponible de la mujer\*. Atemorizar es un medio utilizado en diversos agravios jurídicos, no un accionar que lesiona un único bien jurídico, sino diversos tipos de bienes jurídicos, y cuando es considerado en sí mismo, es tipificado como un caso de amenaza no de simple violencia emocional.

En resumen: esta norma incluye una acción que tiene un alto reproche jurídico, y un amplio alcance lesivo para otros bienes jurídicos.

Atemorizar como delito está contemplado en el CP, en el artículo 195, bajo el nombre de Amenazas agravadas y como contravención bajo el artículo 384 inciso 2) denominado Amenazas personales<sup>23</sup>.

El artículo 195 del CP expresa:

“Será sancionado con prisión de quince a sesenta días o de diez hasta sesenta días multa, a quien hiciere uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a una persona, si el hecho fuere cometido con armas de fuego, o por dos o más personas reunidas, o si las amenazas fueren anónimas o simbólicas.”

Obsérvese que las sanciones entre el CP y la LPVM difieren ostensiblemente: en un caso son de quince a sesenta días de prisión y en el otro de seis meses a dos años.

Ciertamente en la LPVM hay una amplificación de la sanción otorgada a las amenazas contra una mujer\*, lo cual puede ser un motivante para

eventuales agresores, para que se abstengan de llevar a cabo dichas acciones.

Pero el inconveniente es que dicha sanción es idéntica para el delito tipificado como Maltrato en el artículo 22 de la misma ley. Lo anterior quiere decir, que es sancionado de manera similar tanto la ofensa al honor de una mujer\* como la lesión o agresión a la integridad física de la mujer\*. Y aunque ello se considere como un mecanismo protector de los ataques de la mujer (“tan sancionado es la agresión a una mujer como amenazarla”), ello es un error lógico-jurídico fundamental que crea una desprotección de la mujer\*, dado que es jurídicamente igual ofender a una mujer\*, que agredirla o lesionarla gravemente o reiteradamente.

Es lamentable, y hasta ridículo, admitir que es mejor para el agresor, agredir reiterada o gravemente a la mujer\*, que simplemente ofenderla dado que ambas acciones tienen la misma penalidad, a pesar de que con la primera acción se ocasiona un resultado más grave que con la segunda acción. La ley premia y promociona la violencia física sobre la violencia emocional.

Crear que al sancionar idénticamente acciones jurídicas diferentes, se produce una mayor protección de la mujer\* es un espejismo legal. Dado que en realidad provoca una clara desprotección de unos bienes jurídicos y una sobrevalorada protección de otros bienes jurídicos. Cuando se equiparan bienes jurídicos distintos (integridad física versus honor), los delitos más graves se minimizan y los más leves se maximizan.

---

23 “Artículo 384. Se impondrá de tres a treinta días multa a quien: 2) Amenazare a otro o a su familia.”

Si bien es cierto y correcto, proteger a la mujer\* en los casos de violencia moral, no puede equipararse a la violencia física, dado que en este caso, prácticamente se rebajó el interés de protección del cuerpo, por la sobreprotección del estado psíquico. ¿Qué duele más un agravio físico o uno emocional? ¿Cuál perdura más? ¿Qué bien jurídico es más relevante o importante? El inconveniente es que sin el cuerpo, la mente no podría existir.

Pero además como también existe la contravención del artículo 384 del CP, que señala que:

“Artículo 384.—Se impondrá de tres a treinta días multa a quien:  
Amenazas personales:  
...

## 2) Amenazare a otro o a su familia”

Cualquier amenaza a una mujer\*, que pueda ser contemplada en el artículo 25 de la LPVM puede ser obviada mediante la aceptación del artículo 384 inciso 2) por parte del autor, la cual tiene una penalidad de 3 a 30 días multa. Por ello no se aplicaría la sanción de 6 meses a 2 años que estipula la LPVM, dado que por principio de non bis in idem no podría sancionarse dos veces el mismo hecho[24].

Lo cual deja nuevamente desprotegida jurídicamente a la mujer\* que sea atemorizada por amenazas, y sin aplicación práctica el delito de Violencia Emocional de la LPVM.

## B. Restricción a la autodeterminación

En el apartado de la Violencia emocional, erróneamente se ubica un delito que es típicamente de la categoría de la Violencia física. El artículo 26 denominado Restricción a la autodeterminación señala que:

“Se le impondrá pena de prisión de dos a cuatro años a quien, mediante el uso de amenazas, violencia, intimidación, chantaje, persecución o acoso, obligue a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a hacer, dejar de hacer o tolerar algo a lo que no está obligada.”

El delito se comete cuando se obliga a una mujer\* a hacer, dejar hacer o tolerar algo a lo que no está obligada.

El CP en su artículo 193 expresa que:

### “Coacción

ARTÍCULO 193.- Será reprimido con prisión de uno a dos años o cincuenta o doscientos días multa, el que mediante amenazas graves o violencias físicas o morales compeliere a otro hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado.”

El delito de coacción es la acción de obligar a una persona a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado. Para ello hace uso de amenazas graves o violencias físicas o morales.

---

24 HOUED VEGA (Mario), SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia) y FALLAS REDONDO (David). Proceso penal y Derechos Fundamentales. San José. Investigaciones Jurídicas S.A., 1998. P. 32.

El artículo 26 de la LPVM es copia exacta del artículo 193 del CP, solo que enumera los mecanismos para obligar a la mujer\* a hacer, dejar hacer o tolerar algo a lo cual no está obligada: como el chantaje, la persecución y el acoso.

Lo interesante de esta enumeración de medios, es verificar si son realmente formas efectivas para coaccionar a una persona, o bien son mecanismos menos poderosos e inclusive dependientes de la voluntad de la misma persona afectada. La amenaza y violencia física o moral son medios por los cuales, efectivamente la víctima no tiene opción más que someterse a ellas en forma de *vis compulsiva*.

El caso de la persecución o el acoso es diferente: no son amenazas ni intimidaciones son situaciones de incomodidad o generación de eventual inseguridad, pero que no someten irremediablemente a la mujer\* a hacer, no hacer o tolerar algo. Es decir, no hay un anuncio de un mal presente (intimidación) o futuro (amenaza). Ni existe la pérdida total de actuación como con la violencia física.

En la persecución o el acoso existe margen de actuación: se puede escapar de la persecución y pedir ayuda; se puede detener el acoso o solicitar auxilio. No son mecanismo inminente que no puedan evitarse, como la amenaza o la intimidación.

Por lo que, hay serias dudas sobre la idoneidad de la persecución o el acoso como medios idóneos para coaccionar a una persona. La coacción es el absoluto sometimiento por medios suficientemente poderosos, que anulan la posibilidad de actuación libre de la víctima.

La persecución o el acoso permiten aún la libre voluntad de la víctima, dado que no está completamente sometida: hay opción

de escoger otro proceder distinto al que se pretende por parte del autor del delito. Si no existiera esa opción (de proceder distinto o de no proceder), no se está hablando de una persecución o acoso, sino de una violencia física, una amenaza, una intimidación.

Prácticamente, la persecución y el acoso son incomodidades o molestias en comparación con la amenaza o la intimidación. Ellas solamente pueden generar, disgusto, incomodidad, desagrado a lo sumo una gran ansiedad, eventual inseguridad, pero cuando se llega al punto de generar temor, miedo o pánico se convierten en amenazas o intimidaciones.

Por lo que, con la persecución y el acoso se amplía la cobertura de protección para el delito de coacción de una mujer\* y se aumentó la penalidad que existía de uno a dos años, ahora de dos a cuatro años de prisión.

### **III. Violencia sexual**

La violencia sexual se encuentra contemplada en los artículos 29, 30 y 31 de la LPVM, bajo las denominaciones de Violación contra una mujer\*, Conductas sexuales abusivas y Explotación sexual de una mujer\*.

#### **A. Violación contra una mujer\***

El artículo 29 de la LPVM regula el delito de violación contra una mujer\*:

“Quien le introduzca el pene, por vía oral, anal o vaginal, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, contra la voluntad de ella, será sancionado con pena de prisión de doce a dieciocho años. La misma pena será aplicada a quien le introduzca algún objeto, animal o parte

del cuerpo, por vía vaginal o anal, a quien obligue a la ofendida a introducir, por vía anal o vaginal, cualquier parte del cuerpo u objeto al autor o a sí misma.”

El delito de violación también se encuentra regulado en el CP, en los artículos 156 y 157:

### “Violación

ARTÍCULO 156.- Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de trece años.
- 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación.

La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma.

### Violación Calificada

ARTICULO 157. La prisión será de doce a dieciocho años, cuando:

- 1) El autor sea cónyuge de la víctima o una persona ligada a ella en relación análoga de convivencia.”

El delito está definido prácticamente igual, solo que con una leve mejoría en la LPVM, al señalar que:

“La misma pena será aplicada a quien le introduzca algún objeto, animal o parte del cuerpo, por vía vaginal o anal, a quien obligue a la ofendida a introducir, por vía anal o vaginal, cualquier parte del cuerpo u objeto al autor o a sí misma.”

En el CP lamentablemente no se habla de “partes del cuerpo”, sino de “uno o varios dedos”, dejando por fuera partes del cuerpo que pueden ser perfectamente introducidas en la vagina o ano de la mujer y no necesariamente sean los dedos. Por lo cual, la LPVM define más amplia y correctamente los medios por los cuales, la violación se podría llevar a cabo<sup>25</sup>.

Por lo anterior, conjuntamente con la correcta redacción de los medios utilizables en la violación, se observa también una mayor cobertura de protección de las posibles víctimas, ya que la mujer no solamente casada, sino también la que tiene una relación de convivencia, e inclusive relación de hecho declarada o no son cubiertas por la normativa de la LPVM. Pero la penalidad queda igual, dado que en ambos casos, la sanción es de doce a dieciocho años de prisión.

---

<sup>25</sup> Caso curioso porque el CP es posterior a la LPVM. La LPVM se aprobó el 25 de abril de 2007 mediante la Ley N° 8589, mientras que el CP fue reformado posteriormente por Ley N° 8590 de 7 de junio de 2007. Fue posterior pero peor.



## B. Conductas sexuales abusivas

El artículo 30 de la LPVM tipifica el delito de Conductas sexuales abusivas:

“Se le impondrá sanción de pena de prisión de tres a seis años, a quien obligue a una mujer con la cual mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación, a realizar o ver actos de exhibicionismo, a ver o escuchar material pornográfico o a ver o escuchar actos con contenido sexual.”

Dicha norma contempla una serie de acciones extrañamente tipificadas como abusivas cuando en realidad unas configuran verdaderos delitos de violación sancionables con una mayor pena de prisión, o bien acciones que en su mayoría no deberían tener penalidad alguna por su escasa relevancia jurídica.

### 1. Violaciones encubiertas

Señala el artículo 30 de la LPVM que quien obligue a una mujer\* a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación. En ese caso es obvio que si la mujer no quiere continuar la relación sexual<sup>26</sup>, y se le fuerza a ello, va en contra de su voluntad y se comete el delito de violación ya que se le está “introduciendo el pene, por vía oral, anal o vaginal, contra la voluntad de ella”.

Los motivos por los cuales, la mujer\* no desea continuar con la relación sexual son, en realidad, externos a la acción misma, ya

que no necesariamente debe ser solamente el dolor o la humillación lo que justifique no continuar con la relación, ya que puede ser:

el cansancio,  
el disgusto, o  
la simple voluntad de no continuar.

Pero lo relevante en la acción delictiva es que la mujer debe soportar y estar obligada a someterse a la relación, fuera de su voluntad. De igual manera, si bien existen una serie de accesos carnales previos y autorizados por ella, en un momento se tenga ese acceso carnal, no autoriza ni permite los subsecuentes accesos carnales, no autorizados por la mujer\*.

Por lo cual, en realidad, las tales conductas sexuales abusivas en realidad son violaciones encubiertas que benefician al agresor con una penalidad considerablemente menor (de tres a seis años).

El mismo caso presenta en el artículo 31 denominado Explotación sexual de una mujer\*:

“ARTÍCULO 31.- Explotación sexual de una mujer  
Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien obligue a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a tener relaciones sexuales con terceras personas, sin fines de lucro.”

Este delito se comete al obligar a una mujer a tener relaciones sexuales con terceras personas,

---

26 CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). El consentimiento del Derecho-habiente en materia penal. San José. Editorial Juritexto. 1998. P. 146.

sin fines de lucro. En realidad dicho delito no es una explotación sexual de una mujer, sino un caso absolutamente típico de violación, ya que se somete a la mujer a tener relaciones sexuales con otras personas, contra su voluntad.

En este caso el cónyuge sería el instigador o bien el autor intelectual del delito y debería ser penado con una sanción de doce a dieciocho años de prisión, no con una sanción de dos a cinco años como extrañamente señala la norma. Esta normativa beneficia injustificadamente las acciones del infractor al otorgarles una penalidad muchísimo menor que la requerida.

La explotación sexual de una mujer\* en realidad se tipifica en el artículo 169 del CP:

“Proxenetismo

ARTÍCULO 169.- Quien promueva la prostitución de personas de cualquier sexo o las induzca a ejercerla o las mantenga en ella o las reclute con ese propósito, será sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años. La misma pena se impondrá a quien mantenga en servidumbre sexual a otra persona.”

Obsérvese que en esta norma no se obliga a la mujer a tener relaciones sexuales, dado que eso sería una violación en términos específicos, o una coacción en términos generales, sino que el sujeto autor “promueve”, las “induce”, las “mantiene” o las “recluta”. No existe sometimiento, no existe coacción, no existe violencia o fuerza ejercida. Cuando se afirma en una norma se “obliga a la mujer\* a tener relaciones sexuales” el hecho es muchísimo más grave que la simple promoción, inducción, mantención o reclutamiento.

Por lo cual, este artículo también es otra violación encubierta, que promueve la misma LPVM, en lugar de evitarla y darle su justa valía y penalidad.

## 2. Abusos sexuales encubiertos de mujer\*

El artículo 30 de la LPVM regula algunas acciones ya reguladas por el Código Penal en los artículos 161y 162 denominadas “Abusos sexuales de personas mayores de edad”.

El artículo 30 de la LPVM expresa:

“Se le impondrá sanción de pena de prisión de tres a seis años, a quien obligue a una mujer con la cual mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación, a realizar o ver actos de exhibicionismo, a ver o escuchar material pornográfico o a ver o escuchar actos con contenido sexual.”  
(negrilla no es del original)

Dicho delito se comete si:

se obliga a una mujer\* a realizar o ver actos de exhibicionismo,

se obliga a ver o escuchar material pornográfico o

se obliga a ver o escuchar actos con contenido sexual.

El artículo 162 del CP expresa:

“Abusos sexuales contra personas mayores de edad

ARTÍCULO 162.- Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión.

La pena será de tres a seis años de prisión cuando:

1) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.”

Los abusos “descritos en el artículo anterior” se refieren a los señalados en el artículo 161 del CP:

“ARTÍCULO 161.- Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.”

Así, quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona mayor de edad, o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, utilizando la violencia corporal o intimidación siempre que no constituya delito de violación será sancionado con prisión de tres a seis años.

Efectivamente obligar a una mujer\* a realizar actos de exhibicionismo, ver pornografía o ver actos con contenido sexual, son abusos sexuales.

En este caso el artículo 30 especifica tres tipos de acciones que, en realidad, ya estaban contemplados en el artículo 161 y 162 del CP, con el menoscabo que deja por fuera todo un conjunto de otros tipos de acciones que también se consideran abusos sexuales, que por dicha, si contempla y regula el CP, con idéntica sanción. Es decir, el artículo 30 solamente especifica tres acciones concretas que en el caso de acontecer serán reguladas

por la LPVM, pero si existe otro abuso sexual no contemplado por esa ley, se aplica el CP.

No aumenta ni disminuye el artículo 30 de la LPVM, la protección sexual de la mujer\*, dado que si no existiera dicho artículo, su protección se regiría por el CP, en los mismos términos y con la misma sanción. Por lo cual, tampoco hay ni avance ni protección legal especial de la mujer\*, con relación a las demás mujeres que pueden ser víctima de este delito. Resumen: el artículo 30 de LPMV, repite y se queda corto con relación al CP.

### **3. Violencia patrimonial**

Sobre los delitos de violencia patrimonial, la legislación estableció seis delitos que fue semánticamente son inocuos, ya que se mantuvieron las mismas oraciones para los mismos tipos de delitos y en realidad, lo que se planteó fue una repetición y concretización de los delitos de hurto y daños del CP, en los delitos de sustracción patrimonial y daño patrimonial en la LPVM, pero son la salvedad que estos delitos no tienen la restricción del valor patrimonial de lo hurtado o robado, con lo cual se presentan las siguientes particularidades.

#### **A. Sustracción patrimonial**

Así el artículo 34 de la LPVM señala que:

“ARTÍCULO 34.- Sustracción patrimonial

Será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años, quien sustraiga, ilegítimamente, algún bien o valor de la posesión o patrimonio a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, siempre que su acción no configure otro delito castigado más severamente.”

Ese artículo prácticamente está contemplado en el artículo 208 del CP:

“Hurto

ARTÍCULO 208.- Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, siempre que no se trate de la contravención prevista en el inciso 1º del artículo (\*) 386.”

Lo contradictorio es que la LPVM no hace referencia a ningún otro delito “más severamente castigado”, como si lo hace el CP. Es sabido que la aplicación del delito de hurto depende en gran medida, de la no aplicación del delito de hurto menor que se estipula en el artículo 387:

"Artículo 387. Se impondrá de cinco a treinta días multa:

- 1) A quien se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, cuando el valor de lo hurtado no exceda de la mitad del salario base.”

Si la cosa hurtada tiene un valor mayor a la mitad del salario base, se aplica el artículo 208 del CP, si tiene un valor menor a la mitad del salario base, se aplica el artículo 387.

En el caso de la LPVM, no hace referencia a algún valor de lo hurtado, por lo que la cosa sustraída de la mujer\*, independientemente de su valor, tendrá una sanción de seis meses a tres años. A diferencia de las cosas de las demás personas (hombres o mujeres que no estén en pareja) que para que se les aplique

esa sanción, sus cosas deben tener un valor mayor a la mitad del salario base.

La frase final “siempre que su acción no configure otro delito castigado más severamente”, no tiene ninguna aplicación práctica en este caso, dado que no hay una diferenciación entre sustracción patrimonial menor y sustracción patrimonial mayor propiamente dicha en la LPVM.

Lo que hay es un único delito de sustracción patrimonial sin diferenciación del valor de la cosa sustraída. Por lo que cuando se aplica la frase “siempre que su acción no configure otro delito castigado más severamente”, está se referirá a otro tipo de delitos contra la propiedad, no contemplados en la LPVM, sino en el CP, como puede ser el robo, apropiación indebida, usurpación o daños.

En este caso caben dos posibles interpretaciones<sup>27</sup>:

- a) Que toda sustracción patrimonial, independientemente de su valor, tendrá una sanción de seis meses a tres años.
- b) Que toda sustracción patrimonial de una mujer\* está supeditada a la aplicación principal del CP y posteriormente a la LPVM.

La opción a) genera las siguientes consecuencias:

1. Las sustracciones de bienes de una mujer\* menores a la mitad de un salario base que en el CP son contravenciones y se

27 GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). Principios de metodología jurídica. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2007.

sancionan con cinco a treinta días multa, ahora se sancionarán con una pena de prisión seis meses a tres años. Es decir, se sancionan como si fueran propiamente hurtos del CP.

Esto quiere decir que se aumenta la penalidad y se aumenta la cobertura de los hurtos de una mujer\*. Es decir los hurtos menores (contravenciones) de una persona normal son hurtos mayores (delitos) en una mujer\*.

2. Por otro lado, si la sustracción de una mujer\* es mayor a la mitad del salario base, ya no se sancionará con una pena de prisión de un mes a tres años como estipulaba el CP, sino de seis meses a tres años como señala la LPVM.

Así independientemente del monto sustraído, la penalidad del delito será siempre la misma. Los hurtos menores (que usualmente son contravenciones y solamente ameritan días multa en cualquier persona), ahora en el caso de una mujer\* serán considerados delitos. Y los hurtos mayores que son delitos en cualquier persona, en el caso de una mujer\*, se mantienen como delitos, con la misma penalidad del CP.

Todo lo anterior, expresa que el tratamiento de la sustracción de bienes de una mujer\* se unificó entre sí: hurtos menores y mayores son lo mismo y tienen la misma sanción.

Este tratamiento unificador claramente choca con dos principios fundamentales:

El principio de igualdad ante la ley<sup>28</sup>: dado que hay una discriminación contraria a la dignidad humana al sobreproteger penalmente los bienes de un grupo de personas (en este caso las mujeres\*, en contraposición con las demás personas (mujeres sin relación, hombres, etc.), por el único hecho de pertenecer a una relación de pareja específica.

El principio de insignificancia jurídica: Todos las situaciones jurídicas diferentes deben ser valoradas de manera diferente. Esto quiere decir, que ninguna situación jurídica diferente puede ser valorada de la misma manera.

Ello es así porque: al tratar e igualar situaciones, objetos o personas diferentes se otorga una misma valía a situaciones insignificantes como a situaciones significativas, y al hacer esto se tiene que abordar a una de las dos conclusiones absurdas: o todas las cosas tienen el mismo valor (¿es lo mismo hurtar un vaso de agua que una computadora portátil?); o bien las cosas no tienen ningún valor.

Como no se puede aceptar ninguna de las dos, es evidente que no se puede otorgar la misma valía a situaciones diferentes. Por lo que hay que tratarlas de diferente manera.

Las anteriores consideraciones conllevan a la adopción de la segunda opción interpretativa:

- b) Que toda sustracción patrimonial de una mujer\* está supeditada a la aplicación principal del CP y posteriormente a la LPVM.

---

28 HERNÁNDEZ VALLE (Rúben). El Derecho de la Constitución. San José. Editorial Juricentro. 1994. P. 639.

La opción interpretativa b) señala una supeditación de la LPVM al Código Penal, como razonablemente debería ser, pero ello significaría que la protección de la LPVM nunca existió, dado que cualquier sustracción patrimonial, nunca sería regulada por la LPVM, ya que siempre será regulada por el CP:

si es menor a la mitad del salario base:  
hurto menor del art. 387 del CP

si es mayor a la mitad del salario base:  
hurto del art. 208 del CP.

Regulación equivalente entre sí: ya que es de seis meses a tres años en la LPVM y de un mes a tres años en el CP.

Resumen: la regulación de la Violencia Patrimonial es inocua en la LPVM.

## B. Daño patrimonial

El delito de daños en la LPVM presenta una situación particularmente similar, pero no idéntica, con el delito de sustracción patrimonial analizado anteriormente. En el artículo 228 del CP se estipula que:

“Daños

ARTÍCULO 228.- Será reprimido con prisión de quince días a un año, o con diez a cien días multa, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer, o de cualquier modo dañare una cosa, total o parcialmente ajena, siempre que no se trate de la contravención prevista en el inciso 8º del artículo (\*) 386.”

Su homónimo en la LPVM es el artículo 35:

### “ARTÍCULO 35.- Daño patrimonial

La persona que en perjuicio de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, destruya, inutilice, haga desaparecer o dañe en cualquier forma, un bien en propiedad, posesión o tenencia o un bien susceptible de ser ganancial, será sancionada con una pena de prisión de tres meses a dos años, siempre que no configure otro delito castigado más severamente.”

Así, la destrucción, inutilización, desaparición o dañe un bien de una mujer, independientemente de su valor, tendrá una penalidad aumentada de tres meses a dos años.

En ese caso, nuevamente hay un aumento de la penalidad contra los daños a los bienes de una mujer\*, indiferente del monto o valor que tenga dicho bien.

El CP sí establece un tratamiento diferenciado y señala una pena de quince días a un año, a los daños que tenga un valor igual o mayor a la mitad del salario base. Cuando son daños con un valor menor se aplica el artículo 387 inciso 4) del CP:

“ARTÍCULO 387.- Se impondrá de cinco a treinta días multa:

Daños menores

4) A quienes destruyeren, inutilizaren, hicieren desaparecer o dañaren de cualquier modo una cosa total o parcialmente ajena, cuando el perjuicio no exceda de la mitad del salario

base. Si reincidiere, la pena será de cinco a veinte días de prisión.”

De nuevo, el CP establece una adecuada aplicación del principio de relevancia e insignificancia jurídica, al distinguir situaciones que ameritan ser tratadas de diferente manera. Situación que la LPVM no efectúa ya que al establecer una penalidad de tres meses a dos años, desaplica para las mujeres\* la contravención de daños menores y el delito de daños, colocando en su lugar el delito de Daño Patrimonial.

Señalaba que la situación aquí es similar pero no idéntica, dado que el tratamiento jurídico en este delito no puede ser similar al delito de sustracción patrimonial de una mujer\*. Si bien el delito de daño patrimonial, también rompe con los principios de igualdad y relevancia jurídica, no permite una desaplicación de la LPVM, tal y como se había hecho con el delito de sustracción patrimonial, dado que la penalidad del delito de Daño Patrimonial es mayor al delito de Daños contenido en el CP.

Esto quiere decir que hay una mayor sanción, que cubre de manera más amplia e intensa los daños a la propiedad de la mujer\*, independientemente de su valor pecuniario. Así la LPVM no puede ser supeditarse al CP dado que especializa el delito y agrava la sanción.

El inconveniente que presenta esta norma de violentar los dos principios anteriormente señalados no puede resolverse interpretativamente, sino que amerita un tratamiento legislativo o de control constitucional.

Visto desde otro punto de vista es una exagerada cobertura de protección a los daños de los bienes de la mujer\*, ya que además de

tomar en cuenta cualquier daño insignificante como significativo (daños menores como daños mayores), duplica la penalidad inclusive de los daños mayores del CP de un año a dos años como máximo. Sería interesante buscar la justificación de tal proceder, pero ello no se encuentra en el texto normativo.

Por el contrario, la misma incoherencia normativa se mantiene en la norma ya que a pesar de que efectivamente esta norma se superpone a los delitos de daños menores y daños mayores del CP, se agrega la confusa frase: “siempre que su acción no configure otro delito castigado más severamente”.

Tal frase no tiene ningún significado aplicativo dado que no hay otro delito de daños en el CP más severamente castigado. Precisamente el delito de daños más severamente castigado es el que contempla la LPVM. Por lo que si se quisiera ser coherente dentro de esta incoherencia hay que admitir que esta frase alude a la determinación de otro delito contra la propiedad, diferente al delito de daños, como el robo, la apropiación indebida, la usurpación, etc. Lo cual evidentemente es muy obvio, dado que si efectivamente la lesión patrimonial a la mujer\* no configura el delito de daños, posiblemente sea otro tipo de delito, y su punibilidad no va a depender de la severidad del castigo, sino del tipo de falta cometida.

En resumen: todo daño a una mujer\* es un delito aún más grave, que el mismo delito de daños del CP, independiente de su valor monetario, e independiente de su gravedad. Siempre será más grave el daño a la propiedad de una mujer\*. Iguales observaciones sobre la discriminación contra las demás personas (mujeres sin relación de pareja u hombres) señaladas anteriormente se aplican, y con mayor sustento para la existencia de este delito.

## Conclusión

Después del análisis efectuado, se llega a las siguientes conclusiones:

1. Efectivamente la LPVM aborda cuatro categorías principales de delitos con la finalidad de proteger los derechos de las víctimas, concretizando su aplicación a las mujeres\*, y dejando de lado a las mujeres que no tienen una relación de pareja en los términos señalados por dicha ley.
2. Lo anterior, abre el camino para la necesaria comparación de las normativas vigentes, en caso de encontrar lesiones a los bienes jurídicos tutelados, entre la LPVM y el Código Penal.
3. La primera categoría denominada Violencia Física aborda tres delitos principales: Femicidio, Maltrato y Restricción a la libertad de tránsito. En esta primera categoría se evidencia una desprotección a mujeres y hombres que pueden y deberían ser también objeto de protección jurídica. En el delito de Maltrato hay serios errores en la redacción de la norma y el delito de Restricción a la libertad de tránsito hay una sobrevaloración de un tipo específico de la libertad personal.
4. En la segunda categoría de delitos denominada Violencia Emocional, integrada por los delitos de Violencia emocional y Restricción a la libertad de autodeterminación, se aprecia una descalibración axiológica de los bienes jurídicos tutelados o tutelables, y una injustificada homogenización de acciones y bienes jurídicos claramente diferentes y divergentes, sobrevalorando o subvalorando comportamientos y conductas que deben tener un tratamiento equilibrado y razonable.
5. En la tercera categoría de delitos llamada Violencia Sexual compuesta por los delitos de Violación contra una mujer, Conductas sexuales abusivas, se presenta una leve mejoría en la redacción del delito de violación pero nuevamente hay una desequilibrada ponderación de conductas y bienes jurídicos que generan una desatención jurídica de acciones relevantes para la conformación de otros delitos y la sobrevaloración de conductas irrelevantes para la generalidad del sistema jurídico.
6. En la cuarta categoría de delitos denominada Violencia Patrimonial integrada por los delitos de Sustracción patrimonial y Daño Patrimonial, hay una extraña unificación de los hurtos menores y mayores para las mujeres\*, y un tratamiento abiertamente desigual y contrario a la política criminal del país que no tiene ningún sustento ni justificación alguna. Así mismo se amplifica la protección de los objetos de una mujer\* en contraposición a principios fundamentales como la igualdad y la insignificancia jurídica.



## **Bibliografía**

- ARROYO GUTIÉRREZ (José Manuel) y RODRIGUEZ CAMPOS (Alexander). Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. San José. Editorial Jurídica Continental. 2003.
- CAMACHO NARANJO (Luis). Lógica simbólica básica. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. Segunda edición. 2003.
- CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 1982.
- CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). El consentimiento del Derecho-habiente en materia penal. San José. Editorial Juritexto. 1998.
- CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). El dolo. San José. Editorial Juritexto. 1999.
- FREUN (Max A.) Lógica jurídica. San José. Editorial Tecnológica de Costa Rica. 2007
- GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). Semiótica jurídica. San José. Investigaciones jurídicas S.A. 2002.
- GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). Lógica jurídica. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2003.
- GONZALEZ SOLANO (Gustavo). Principios de metodología jurídica. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2007.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. El Derecho de la Constitución. San José. Editorial Juricentro. Volumen II. 1994.
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). La Tutela de los Derechos Fundamentales. San José. Editorial Juricentro. 1990.
- LLOBET RODRÍGUEZ (Javier) y RIVERO SANCHEZ (Juan Marco). Comentarios al Código Penal. San José. Editorial Juricentro. 1989.
- NOZICK (Robert), La naturaleza de la racionalidad, Barcelona, Ediciones Paidós Iberoamérica S.A., Primera edición en castellano, 1995 (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés "The nature of rationality", New Jersey, Princeton University Press, 1993).
- RESCHER Nicolas, La Racionalidad. Madrid. Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993 (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés "Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason", Oxford University Press, 1988).
- SMITH, Edward E. Concepts and Categorization in An Invitation to Cognitive Science, edited by Daniel N. Osherson and Edward E. Smith, Massachusetts, MIT, Vol. 3.
- SMULLYAN, Raimond, Juegos por siempre misteriosos. Recorriendo los caminos abiertos por Gödel sobre la verdad y la probabilidad, Barcelona, Gedisa editorial, 1995.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, Philosophical Investigation, Cambridge, The Macmillan Company, 1953.



# **EL ABUSO DE LAS FORMALIDADES AD SUBSTANTIAM EN LOS CONTRATOS SOLEMNES. COMENTARIO DEL VOTO 151-2008 DEL TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA DE SAN JOSÉ**

*Msc. Yuri López Casal  
Juez del Tribunal de Puntarenas*

*Licda. Meylin Arguedas Chaves  
Abogada litigante*

## **1. Introducción**

La teoría general del contrato aborda el tema de la clasificación de los contratos con base en múltiples criterios. Uno de ellos es el de si determinado contrato requiere, como requisito de validez, el cumplimiento de determinadas formalidades (formalidades ad substantiam). De este modo, si el contrato requiere tales formalidades, se está en presencia de un contrato solemne. Ejemplo clásico de este tipo de contrato es la donación de inmuebles el cual, para que sea válido, exige que su celebración conste en escritura pública. La ausencia de tal formalidad produce la nulidad absoluta del negocio jurídico.

No obstante que tal criterio de clasificación de los contratos es claro y comprensible, la doctrina y jurisprudencia costarricenses no han tratado, hasta donde se tiene conocimiento, otra faceta muy importante del estudio de los contratos solemnes cual es el tema del abuso de las formalidades ad substantiam. Este tema representa, en el fondo, una aplicación del principio general de la buena fe y la prohibición

del abuso del derecho y trata de dar solución al problema que surge en los contratos solemnes cuando una de las partes del contrato sabe perfectamente que el negocio jurídico que celebró con la contraparte contractual es absolutamente nulo por ausencia de la formalidad correspondiente pero engaña o hace creer al otro contratante que el negocio sí es válido y que puede producir los efectos jurídicos deseados por las partes.

El Voto Número 151 de las 11:10 horas del 30 de mayo de 2008 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José dio solución a un caso cuya base fáctica versó, desde nuestra perspectiva, sobre el tema del abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes. Si bien el Tribunal dio la solución correcta al caso sometido a su conocimiento y decisión, también lo es que en ningún momento abordó el tema del presente ensayo. Por ello hemos decidido hacerlo nosotros, para lo cual expondremos el cuadro fáctico del caso y el tratamiento que, en el Derecho Civil alemán, se le ha dado al tema del abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes.

## 2. El caso

La señora A y el señor B mantuvieron, durante muchos años, una relación sentimental, en cuya virtud, incluso, el señor B le daba ayuda económica a la señora A. Con base en esa relación afectiva, el señor B le manifiesta verbalmente a la señora A su deseo de donarle una finca inscrita en el Registro Público y también le promete que, en cuanto dejara listos unos documentos, formalizarían, por escrito, la donación. Antes de plasmar por escrito la donación, el señor B le hace entrega material de la finca a la señora A, razón por la cual ésta autoriza a su hermano, el señor C, para que ocupe la finca con el fin de que, mediante él, la señora B ejerza la posesión del inmueble. El señor C permanece en la finca durante doce años. La finca pertenecía a la sociedad anónima D, de la cual el señor B era su representante legal y único socio. El señor B, en su carácter ya mencionado de representante legal de la sociedad D, le traspasa la finca al señor E quien, según la señora A, es el hijo de crianza del señor B. La donación verbal celebrada entre la señora A y el señor B no se formalizó en escritura pública. Al enterarse del traspaso que, de la finca, hizo la sociedad D al señor E, la señora A demanda al señor B y al señor E con el fin de que se les condene a inscribir, a su nombre, en el Registro Público, la finca traspasada en virtud de que ella había creído en la palabra del señor B en cuanto éste le había donado la finca, al punto de que hasta le había hecho entrega material del terreno en cuestión.

## 3. El fallo de primera instancia

El señor Juez Civil de Mayor Cuantía de Limón dispuso declarar sin lugar en todos sus extremos la demanda interpuesta por la señora A contra el señor B y contra el señor E basado en el argumento de que la

donación verbal celebrada entre la señora A y el señor B era absolutamente nula por cuanto el objeto de dicho contrato solemne era un inmueble y respecto a este tipo de bien era absolutamente necesario que la donación se hubiera celebrado en escritura pública. Al estar ausente dicha formalidad ad substantiam, la donación inmobiliaria pactada entre la señora A y el señor B era absolutamente nula y, por consiguiente, a la señora A no le asistía la tutela jurídica necesaria (falta de derecho) para poder pretender, frente a los demandados B y E, la inscripción de la finca a su nombre en el Registro Público. Asimismo, el señor Juez de primera instancia condenó a la parte actora, la señora A, al pago de las costas personales y procesales del proceso.

## 4. Los agravios del recurso de apelación

La actora apeló el fallo de primera instancia con base en los siguientes agravios:

- 4.1. Sí se demostró que el demandado, el señor B, le donó la finca y eso quedó acreditado con la declaración de tres testigos y con la confesión en rebeldía del citado demandado.
- 4.2. Además de lo anterior, otro elemento que prueba la existencia del contrato de donación que hubo entre ella y el demandado B es el hecho de que el inmueble en cuestión haya permanecido ocupado durante más de doce años por el hermano de la actora, el señor C, quien se mantuvo en la finca, a petición de ella, por lo que la actora, a través de su hermano, ha ejercido la posesión del inmueble.
- 4.3. Contrario a lo expuesto por el señor Juez de primera instancia, sí se probó que el demandado B era el dueño de la finca

donada, puesto que es el representante legal de la sociedad propietaria de ese inmueble, sea la sociedad D y además su único socio y en esa medida podía disponer de esa propiedad, tal y como así lo hizo. Ilustrativo de esta situación es que el co-demandado B, en su condición de representante legal de la sociedad anónima D, fue quien le traspasó la finca objeto del litigio al señor E, quien es su hijo de crianza.

- 4.4. Finalmente, la actora alegó ser litigante de buena fe, pues creyó en la palabra que le dio el co-demandado B en el sentido de que éste le había prometido arreglar los papeles para donarle la finca y por ello pidió que se le exonerara del pago de las costas personales y procesales causadas.

### **5. La sentencia de segunda instancia**

El Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, confirmó parcialmente la sentencia de origen, con base en los siguientes argumentos:

- 5.1. La sentencia de primera instancia es correcta porque el artículo 1397 del Código Civil claramente establece que “la donación verbal sólo se admite cuando ha habido tradición y cuando se trate de bienes muebles cuyo valor no pase de doscientos cincuenta colones”.
- 5.2. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce valor a la donación verbal con respecto a bienes inmuebles pues, en ese caso, es necesario que conste en escritura pública, de ahí que la prueba testimonial ni la confesión en rebeldía del co-demandado B sean eficaces para acreditar la donación que, según la actora, dicho demandado le hizo.

5.3. La buena o la mala fe con la que, aparentemente, hubiera actuado el co-demandado B en el ofrecimiento de la donación de la finca a la parte actora carece de relevancia para resolver este asunto, puesto que la promesa de donar no constituye una obligación desde el punto de vista jurídico así como tampoco tiene validez la donación verbal de un inmueble.

5.4. Contrario a lo manifestado por la actora, no se demostró que el co-demandado B fuera el dueño original de la finca ni que lo hubiera sido en el tiempo en el que, supuestamente, realizó la donación verbal del inmueble a la actora. Por el contrario, lo que quedó demostrado fue que la sociedad anónima D era la propietaria de la finca y a pesar de que el co-demandado B hubiera sido su representante legal y su único socio, jurídicamente no se puede afirmar que él sea el titular del inmueble en cuestión, pues se trata de sujetos de Derecho diferentes (persona física y persona jurídica).

5.5. Sí lleva razón la actora en cuanto su petición de revocatoria de la condena en costas dispuesta por el señor Juez A quo, debido a que sí es litigante de buena fe por los siguientes motivos:

5.5.1. Hubo una relación sentimental de muchos años entre ella y el señor B.

5.5.2. El co-demandado B, durante ese largo tiempo, le dio ayuda económica a la actora.

5.5.3. El co-demandado B le hizo entrega material de la finca a la que se refiere este asunto y por

ello fue que la actora autorizó a su hermano para que ocupara la finca, ocupación que se prolongó durante doce años.

Según el Tribunal Superior, las anteriores tres razones permiten concluir que la actora tenía motivos suficientes para creer que el co-demandado B le había donado el inmueble de este asunto y que él era su propietario.

## 6. El abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes en el Derecho Civil alemán.

Un caso sorprendentemente similar al que centra su análisis el presente ensayo fue resuelto por el antiguo Tribunal Federal de Casación Civil alemán (Reichsgericht) durante la primera mitad del siglo XX. La doctrina civil alemana lo denomina el “**Edelmann-Fall**” (“El caso del hombre noble”) y en el ámbito universitario alemán reviste siempre obligado estudio y discusión, pues el “Edelmann-Fall” (RGZ 117, 121) representa la ocasión perfecta para meditar sobre cómo la ausencia de formalidades ad solemnitatem puede convertirse en hipótesis de las cuales emerge la figura del ejercicio abusivo del Derecho (**eine unzulässige Rechtsausübung**, parágrafo 242 del Código Civil alemán y artículo 22 del Código Civil costarricense), en el tanto y en el cuanto, por ejemplo, una parte contractual engañe o haga creer falsamente a su contraparte, que no se requiere determinada formalidad para que

el contrato sea válido y ante, por ejemplo, una demanda de ejecución forzosa de la prestación contractual, la parte que engañó o hizo creer falsamente a la otra sobre la innecesariedad de la formalidad en cuestión se refugia, dolosamente, en la ausencia de formalidades ad solemnitatem, para excepcionarse y negarse a cumplir lo pactado<sup>1</sup>.

En tesis de principio, al igual que sucede en el Derecho Civil costarricense, el Derecho Civil alemán también estipula, en el parágrafo 125 párrafo 1 del Código Civil, que la inobservancia de la formalidad prevista por la ley (por ejemplo, escritura pública) acarrea la nulidad absoluta del negocio.

No obstante, ante casos como el que resolvió el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, la doctrina alemana habla de la **superación de la necesidad de formalidades del negocio** con base en el principio de buena fe y con ello lo que se pretende, en definitiva, es que la parte engañada o inducida dolosamente a error, por parte de su contraparte, pueda considerar el negocio como válido, pese a la ausencia de formalidades ad substantiam y así entonces podría pretender el cumplimiento de lo pactado sin que la contraparte, que actuó dolosamente o con culpa grave, pueda ampararse en la invalidez del negocio por ausencia de formalidades, pues ello constituiría un abuso de derecho, el cual es inadmisibles en todo tipo de vínculo jurídico.

---

1 Seguimos específicamente al autor Dieter Medicus, quien en nuestro criterio es quien ha delimitado, puntualmente, en qué casos es que, excepcionalmente, se puede considerar válido el negocio, pese a la ausencia de formalidades ad substantiam, con el fin de impedir el ejercicio abusivo del derecho. Al respecto puede verse Medicus, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**, 8 ed., 2002, página 245, Rdn. 631 y siguientes.

La mejor doctrina alemana<sup>1</sup> distingue tres grupos de casos en los cuales se trata cómo debe resolverse la relación de tensión existente entre la ausencia de formalidades ad substantiam y el ejercicio del derecho de buena fe:

**1. Inobservancia consciente de la forma del negocio:** Abarca los casos en los que ambas partes son conscientes de que el negocio debe cumplir con determinadas formalidades, pero, a pesar de esto, las omiten.

Cómo deben resolverse los casos que se agrupan bajo esta primera categoría ha sido objeto de un arduo debate en la jurisprudencia alemana. El Reichsgericht (RGZ 117, 121) había dicho que en vista de que el negocio jurídico no había observado las formalidades ad substantiam correspondientes, entonces el contrato lógicamente era absolutamente nulo y ninguna de las partes podía hacer valer pretensión alguna de cumplimiento con base en el contrato inválido. Según el Reichsgericht, la parte que pensó que el negocio era o podía ser válido sin las formalidades ad substantiam correspondientes, lo había hecho libre y voluntariamente y debido a ello tenía entonces que asumir los riesgos y consecuencias de su errónea creencia. Si no quería entonces verse perjudicado, debía haberse abstenido de celebrar el contrato.

Esta dura posición del Reichsgericht, ha sido, sin embargo, modificada por el Bundesgerichtshof (BGH, Tribunal Federal de Casación Civil alemán) (ver BGH NJW 1969, 1167), el cual ha dicho que cuando a causa de la inobservancia consciente de las formalidades ad substantiam del negocio se produce un resultado realmente inadmisibles,

la parte perjudicada con la omisión de dichas formalidades tiene a su favor una pretensión de cumplimiento de la obligación pactada, con base en el § 242 del Código Civil alemán, que, como ya se indicó, es la norma que establece que el ejercicio de los derechos debe ser de buena fe (Treu und Glaube).

Los autores del presente ensayo consideran que esta nueva orientación jurisprudencial del Bundesgerichtshof alemán no es correcta y, más bien, comparten plenamente los argumentos expuestos en su oportunidad por el Reichsgericht (RGZ 117, 121) para negar cualquier tipo de pretensión de cumplimiento sobre la base de un negocio absolutamente nulo por falta de formalidades ad substantiam.

**2. Engaño doloso sobre la necesidad de formalidades ad solemnitates:** Bajo esta categoría se agrupan los casos en los cuales una parte dolosamente engaña a la otra acerca de la necesidad de cumplimiento de determinadas formalidades ad substantiam como requisito de validez del contrato.

La doctrina mayoritaria en Alemania ha dicho que, en estos casos, a la parte perjudicada (es decir, a la parte engañada) le asiste un derecho facultativo de considerar el contrato como válido o no.

**3. Inobservancia culposa de las formalidades ad substantiam:** Bajo este acápite se incluyen los casos en los que si bien las partes conocen que debe cumplirse con determinadas formalidades ad substantiam, lo cierto es que, por descuido, éstas son omitidas. Estos casos se diferencian del primer grupo en que en el primero, ambas partes saben perfectamente que debe cumplirse con determinadas

formalidades y, pese a ello, no las observan. En contraposición con esto, los casos de esta tercera categoría se caracterizan porque la omisión de cumplimiento de formalidades no es consciente, sino que ocurre por descuido o por desconocimiento puramente culposo.

La jurisprudencia alemana (BGH NJW 1965, 812; 1987, 1070) ha considerado que para este tercer grupo de casos rige el principio según el cual, en caso de producirse un resultado realmente insostenible (*“schlechthin untragbares Ergebnis”*), la parte perjudicada podría, con base en el § 242 del Código Civil alemán (BGB= Bürgerliches Gesetzbuch), considerar el contrato como válido y con base en esto podría solicitar el cumplimiento de la obligación pactada.

No obstante, dicha tesis del BGH ha sido criticada por la doctrina alemana, la cual, mayoritariamente<sup>2</sup>, se ha pronunciado en contra de considerar, en los casos de este tercer grupo, que el contrato sea válido o pueda ser considerado como tal, por lo que la única pretensión que le corresponde a la parte a la cual no le es imputable ni culpable la omisión de la formalidad ad substantiam, es la de daños y perjuicios con base en los § 280 párrafo 1 en relación con el § 311 párrafo 2 del Código Civil alemán.

## 7. Conclusión

Después de haber expuesto el análisis que hacen la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre la ausencia de formalidades ad substantiam en relación con el principio de que el ejercicio de los derechos debe hacerse de buena fe, consideramos que si bien es loable el hecho de que, en aras de

tutelar la confianza, la buena fe e impedir el ejercicio abusivo del Derecho, en Alemania en algunos casos se haya resuelto que la parte perjudicada pueda considerar el contrato como válido y, por consiguiente, pudiese hacer valer el cumplimiento de lo pactado, lo cierto es que tal posición no nos parece acertada. No lo es porque la ley (§ 125 párrafo 1 del Código Civil alemán y 835 inciso 3 del Código Civil costarricense) claramente sanciona con nulidad absoluta los negocios jurídicos que no cumplan con las formalidades ad substantiam que el legislador ha dispuesto para ellos. Ante la claridad y contundencia de tales disposiciones legales, no puede quedar al arbitrio de una parte el considerar un negocio, ya de por sí absolutamente nulo por falta de cumplimiento de formalidades legales, como si éste fuese válido. La única pretensión que le puede asistir a la parte perjudicada, sea consciente, dolosa o culposamente (ver los tres tipos de casos expuestos por la doctrina alemana) sería la de pago de daños y perjuicios por ejercicio abusivo del derecho, con base en el artículo 22 del Código Civil costarricense, es decir, se trataría de una pretensión meramente resarcitoria, sin que se pudiese, en consecuencia, pretender hacer valer alguna petición consistente, por ejemplo, en ejecución forzosa de lo pactado.

## BIBLIOGRAFÍA

Díez-Picazo, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I**, 5. ed., 1996.

Medicus, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**. 8. ed., 2002.

Medicus Dieter. **Bürgerliches Recht**. 20 ed., 2003.

<sup>2</sup> Medicus, Dieter. **Bürgerliches Recht**, 20 ed., 2003, Rdn. 184.



# “LA CREACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DIFUSA, Y EL ANÁLISIS CASUÍSTICO COMO MÉTODO DE ESTUDIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES COSTARRICENSES.”<sup>1</sup>

*Lcda. Ana Lucía Ramírez Calderón.*

La creación y el desarrollo de la jurisprudencia judicial costarricense, han estado en manos de los Tribunales Superiores de Casación; los cuales han asumido una función unificadora de los criterios e interpretaciones del Derecho. La uniformidad de la jurisprudencia judicial en materia civil y mercantil, se la debemos a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.<sup>2</sup>

Por otra parte, la jurisprudencia arbitral costarricense se caracteriza por ser de creación reciente. Todavía no presenta una marcada uniformidad en sus criterios, pues emana de

diversos tribunales arbitrales, conformados no solo por especialistas en Derecho, sino por otros profesionales. Esta jurisprudencia arbitral existe en una forma *difusa*.

El Dr. Víctor Pérez y el Lic. Daniel Pérez, confirmaron la existencia de una jurisprudencia arbitral costarricense, en un artículo publicado en la revista *UNIDROIT Uniform Law Review*. Los autores afirmaron que, desde que se desarrollaron diversos centros de arbitraje institucionalizado, “*el arbitraje en Costa Rica ya ha producido una formación de precedentes conocidos localmente como “jurisprudencia arbitral.”*<sup>3</sup>

---

1 Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Sede Central Rodrigo Facio. San José, Costa Rica. (2007). Tesis presentada el 2 de noviembre de 2007 ante el Tribunal Examinador conformado por el Dr. Fernando Mora Rojas, Dr. Víctor Pérez Vargas, Lic. Federico Torrealba Navas (Director), Lic. Neftalí Garro Zúñiga y el Lic. Jorge Jiménez Bolaños.

2 Acerca de la necesidad del estudio de la jurisprudencia, como fuente *no formal* del Derecho, V. Gutiérrez Rodríguez, Marcos de Jesús (1982). *La Jurisprudencia como fuente de Derecho*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.156. La jurisprudencia ayuda a *interpretar, integrar y delimitar* las normas escritas. (Cfr. Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El Dr. Diego Baudrit señala que: “*la jurisprudencia no es una verdadera fuente del derecho civil, comparable a la ley, o aún a la costumbre. Pero ella es (...) una autoridad considerable en derecho civil.*” En la jurisprudencia, se pueden identificar *pronunciamientos de principio* y, en ocasiones, la creación de *reglas de aplicación general*. (V. Baudrit Carrillo, Diego (2000). *Los contratos traslativos del Derecho Privado. Principios Jurisprudenciales*. 2 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. p. 9.). Según indica el Dr. Víctor Pérez, una revisión del Derecho Privado de ninguna manera puede limitarse al Código Civil, pues deben examinarse “*los aciertos y aportes de la jurisprudencia*”. (V. Pérez Vargas, Víctor (1994). *Derecho Privado*. 3ª ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A. p. 445)

3 V. Pérez, Víctor y Pérez, Daniel (2006). “*The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice*”. *UNIDROIT Uniform Law Review*. Vol. (XI) Enero. p.180. La traducción al idioma español es de la suscrita. Los denominados “Principios UNIDROIT” fueron desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional de París, como reglas generales aplicadas en los contratos mercantiles y los arbitrajes comerciales internacionales. Han sido sistematizados al presentar un uso reiterado. V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, en el sitio en Internet: <http://www.unidroit.org>.

El Dr. Víctor Pérez ha indicado que, a pesar de las dificultades que plantea la existencia de una jurisprudencia arbitral, *“la práctica revela la reiteración de algunos principios generales que utilizan comúnmente los árbitros en el Comercio Internacional”*<sup>4</sup>.

Cualquier litigante en la materia, el estudioso del Derecho o el estudiante, encontrarán interesante la posibilidad de analizar el aporte jurídico de los laudos arbitrales costarricenses. Recordemos que el acceso a los mismos tiende a ser restringido, fuera del ámbito de las partes involucradas o sus abogados. Por lo que es importante hacer valer el **carácter público del laudo arbitral**<sup>5</sup>.

El único recurso que puede plantearse contra un laudo arbitral, es el *recurso de nulidad* ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. La *Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, conocida como *Ley RAC*, dispone las causales taxativas de nulidad. Cuando una petición de nulidad no encuentra fundamento en una de estas causales, el laudo arbitral es confirmado.

La posición estricta de la Sala Primera al analizar la admisibilidad de las causales de nulidad, se ha constituido precisamente en el factor más importante para el desarrollo de la jurisprudencia arbitral en nuestro país. Lo cual ha permitido que los laudos arbitrales queden firmes en su contenido y fundamentación.<sup>6</sup>

A continuación, analizaremos varios laudos arbitrales nacionales, clasificándolos en temas de naturaleza contractual. Para cada tema, se incluirá una breve reseña doctrinaria y normativa, así como datos del laudo arbitral examinado y citas específicas del mismo.<sup>7</sup>

#### I. La interpretación de los contratos: El cumplimiento de lo pactado por las partes -el *Pacta Sunt Servanda*- y la posibilidad de modificación judicial del contrato.

Frente a quienes sostienen la exigibilidad literal o fuerza vinculante de los contratos, el *“pacta sunt servanda”*<sup>8</sup>, la doctrina ha desarrollado el principio contrario, el *“rebus sic stantibus”*; que toma en cuenta la variación sobrevenida en las circunstancias y reconoce que la

4 V. Pérez Vargas, Víctor. (1982). *La solución de conflictos en la compraventa internacional*. Revista Judicial. Año VII. Nº 23. (pp. 50 a 69). San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia, p. 68.

5 V. artículo 60 de la *Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, Ley Nº 7727. El laudo es público, excepto si las partes han acordado lo contrario.

6 En relación con estos temas se recomienda revisar la Tesis de la autora, en el Título I, Capítulo II, titulado: *“Análisis crítico de la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que niega la posibilidad de discutir el fondo de los asuntos resueltos por medio de un laudo arbitral”*. V. pp.46-83.

7 La Tesis de Grado que dió origen al presente artículo, se dividió en dos títulos. El Título I, denominado *“Temas Generales del Derecho Sustantivo Contractual”* desarrolló diversos temas teóricos, como: el concepto de “jurisprudencia”; el origen y características del recurso de casación civil; la resolución del recurso de nulidad de los laudos arbitrales, por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; y el posible control jurisdiccional de la cláusula arbitral. El Título II, denominado: *“Análisis casuístico de algunos laudos arbitrales, como método de estudio de la jurisprudencia arbitral costarricense; y su comparación con la jurisprudencia tradicional judicial”*, fundamenta el presente trabajo. En él se realizó, por primera vez, un análisis de la fase sustantiva del proceso de arbitraje en Costa Rica.

transformación de éstas puede conducir a la reducción de la equidad en los términos de un negocio, o a su resolución; según explica el autor Víctor Pérez.<sup>9</sup>

El Lic. Federico Torrealba, nos explica que la hegemonía del principio *Pacta Sunt Servanda* llega a oponerse a la intervención judicial del contrato válidamente formado, pues ello implica variar el equilibrio de los intereses económicos que las partes autorregularon, en ejercicio de la libertad contractual.<sup>10</sup>

Propiamente en el campo del Derecho y la Contratación Administrativa, se ha reconocido la existencia de un principio de *conservación del equilibrio financiero del contrato*.<sup>11</sup>

En el Derecho Público cabe la revisión de los contratos; y los particulares que contratan con entidades públicas pueden pedir que

se adecúe el valor de sus prestaciones a la situación de hecho imperante.<sup>12</sup>

Algunos consideran que en caso de que exista el dilema de respetar, o no, la letra del contrato, el criterio decisivo será el que establece que *“el mantenimiento del contrato no está justificado cuando éste ha perdido su sentido originario.”*<sup>13</sup> Principios como el de “globalidad interpretativa” abogan por interpretar las cláusulas contractuales como parte de una totalidad, no aisladamente.<sup>14</sup>

La tendencia en los procesos de arbitraje internacionales, es la aplicación del principio de *pacta sunt servanda* de la manera más rígida. Solamente en ciertos casos, se admiten excepciones a esta regla. Se dota de fuerza de ley al contrato, por sobre las situaciones en que una parte impulsa la modificación de los derechos y obligaciones estipuladas.<sup>15</sup>

---

8 Sobre el principio de *pacta sunt servanda* y la obligatoriedad de los contratos, V. artículos 1022 y 1023 del Código Civil y 411 del Código de Comercio, costarricenses. El artículo 1.3. de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, establece la regla del *pacta sunt servanda*: *“Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.”*

9 Pérez Vargas, Víctor (2007). *“Rebus sic stantibus versus Pacta sunt servanda”*. Artículo inédito. p.1.

10 Torrealba Navas, Federico. Lección #6. *El Objeto*. Artículo inédito.

11 *Ibidem*.

12 V. Baudrit Carrillo, Diego. (2000). *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato*. Volumen I. 3 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. p.114.

13 Pérez Vargas, Víctor. (1977). *Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. 1950-1975*. San José, Costa Rica. Editorial de la Universidad de Costa Rica. p.72. Al respecto de la *“Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas”*, se puede consultar el artículo de este nombre, del autor José Miguel Fonseca Saborío, en: *Revista Judicial*. N°40. Año XI. Marzo. 1987. (pp. 35 y ss.).

14 *Ibidem*. p.66. V. sentencia de la antigua Sala de Casación Civil, N° 14 de las 15:00 horas del 27 de enero de 1959, citada por el autor Pérez. Sobre la interpretación de los contratos en la jurisprudencia judicial costarricense, V. Sala Primera de la CSJ, N° 05, de las 14:15 horas del 24 de enero de 1997. V. las siguientes sentencias recopiladas por el Dr. Víctor Pérez, en su artículo inédito: *“Rebus sic stantibus versus Pacta sunt servanda”*. (p. 11 y ss.): Tribunal Superior Civil, N°704 de las 9:15 horas del 28 de agosto de 1975; Tribunal Superior de Puntarenas, N° 924 de las 15:05 horas de 6 de diciembre de 1990; Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 509, de las 9:35 horas del 23 de noviembre de 1994; y N° 301, de las 8:45 horas del 12 de setiembre de 2003.

15 McLaren, Rosemarie (2003). *Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. p. 103.

En Costa Rica, nuestra Sala Primera ha mantenido la tesis de no contrariar el *Pacta Sunt Servanda*. Sin embargo, existe un interesante Voto Salvado de la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández, en el que defiende declarar la ineficacia de un negocio jurídico por la desaparición del motivo, o fin, que lo determinó. Considerando así, que esto impedía mantener el vínculo obligacional entre las partes.<sup>16</sup>

Los tribunales arbitrales costarricenses, han manifestado un criterio cercano al de los tribunales judiciales, abogando por el mantenimiento de lo pactado en el contrato. Y han introducido la aplicación de los principios de “competencia profesional” y “diligencia profesional”, desarrollados por los tribunales arbitrales internacionales, en la interpretación de la *voluntad* y la *buena fe* de las partes.<sup>17</sup>

En el proceso arbitral establecido por la empresa **Antílope S.A contra Inversiones Jiménez y Renzi, S.A.**<sup>18</sup>, se presentó un conflicto por el incumplimiento de los términos de un contrato de construcción. La actora alegó la falta de pago, y la demandada alegó que habían cambiado las circunstancias y naturaleza del contrato.

El árbitro, el Lic. Sergio Artavia, admitió que el contrato sufrió algunas modificaciones durante su ejecución, e indicó:

*“(...) las obligaciones contractuales deben ser cumplidas puntual, exacta y completamente. (...) Es claro que un contrato puede modificarse durante su ejecución –en este sentido, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto de las 15 horas del 17/08/1994-, pero el alcance de dicha modificación debe ser probado en su existencia y entidad por quien resulte interesado en juicio. Si no se prueba (...) dicha modificación, no puede simplemente dejarse de leer el contrato e inaplicarlo, o pero aún, desatender la contraprestación esencial a favor del constructor: el pago.”<sup>19</sup>*

En el caso de **Grupo Familia Soto Viquez, S.A.** y otras, **contra Urbanizaciones y Lastrados, S.A.** y otras;<sup>20</sup> las partes formalizaron un contrato para la construcción de la infraestructura de un desarrollo urbanístico. El conflicto en la interpretación de la naturaleza del contrato, conllevó al incumplimiento de las partes. El laudo arbitral resolvió lo siguiente:

*“1. (...) El Tribunal estima que la denominación expresa dada al contrato no tiene el significado real de la contratación y que bien se pudieron haber convenido otras prestaciones sustanciales entre las partes, que no estuvieran reflejadas directamente en el nombre (...) la interpretación del contrato (...) debe darse a partir de los derechos y obligaciones que fueron pactadas entre ellas*

16 V. Voto Salvado, en sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N° 788, de las 9:00 horas de 27 de octubre de 2005.

17 Al respecto de la aplicación del principio de “competencia profesional”, V. Pérez Vargas, Víctor. (2002). *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. *Revista Judicial*, N° 82. Año XXV. Diciembre, 2002. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica p.127. La jurisprudencia arbitral internacional en materia comercial, tiende a rechazar los alegatos de una “excesiva onerosidad sobreviniente” o la “teoría de la imprevisión”, para justificar la modificación de lo pactado originalmente en el contrato.

18 Laudo arbitral de las 12:00 horas del 11 de noviembre de 2005. Partes: *Antílope, S.A. contra Inversiones Jiménez y Renzi, S.A.* Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Tribunal arbitral *de derecho*. Árbitro: Lic. Sergio Artavia Barrantes. Laudo Firme.

19 Laudo Arbitral. pp.8-11.

*más que con referencia a la denominación empleada (...) señala la resolución de la Sala Primera de la Corte número 69 de las 15 horas del 17 de agosto de 1994, “En la interpretación de los contratos, el Juez debe conferir preeminencia a su contenido sobre la denominación dada a éste por las partes. Los derechos y obligaciones acordados y regulados en el convenio y posteriormente los principios de ejecución en los cuales aquellos se encausan, deben orientar al intérprete en la obtención de su adecuada calificación jurídica (...) La buena fe contractual impone no solo un respeto a las disposiciones que expresamente hayan convenido las partes en su contrato, sino además una colaboración recíproca, armonía y lealtad, especialmente cuando se debe enfrentar y resolver un diferendo (...)”<sup>21</sup> Por consiguiente, si las partes de un contrato no tienen derecho a hacer menos de lo pactado, tampoco tiene derecho una de las partes a prolongar abusivamente el contenido de sus derechos o bien prolongar indebidamente el plazo de ejecución de sus obligaciones.<sup>22</sup>*

Es interesante el pronunciamiento del laudo arbitral citado, al considerar que existió un abuso de los derechos contractuales por parte

de las demandadas, con la realización tardía y deficiente de sus prestaciones. Por lo tanto, el árbitro declaró la resolución contractual en razón de la pérdida de los fines del contrato.<sup>23</sup> Otro laudo arbitral que resolvió de manera similar este tema, fue el de la empresa **Line P y G Italian, S.A. contra Frío Club, S.A.**<sup>24</sup>. En el caso, se suscribió un “Contrato de Arrendamiento de Maquinaria de Lavado de Automóviles”. La demandada alegó que la relación existente entre las partes no derivaba de un arrendamiento, sino propiamente de una “relación societaria de hecho”.<sup>25</sup> El árbitro resolvió el conflicto de la siguiente forma:

*“No queda duda de que se está en presencia de un contrato de arrendamiento. Esto porque así se desprende del documento (...) y prueba testimonial (...) La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia ha sido conteste en que la naturaleza jurídica de los contratos no necesariamente coincide o debe entenderse a partir del título que le asignan las partes (...) más bien debe observarse su verdadera naturaleza a partir del contenido y actos de ejecución (...) siguiendo el correcto criterio antiguo pero fresco del Tribunal Superior Primero Civil, en sentencia N° 704 de 1975*

---

20 Laudo arbitral #A-05-02, de las 17:35 horas del 27 de junio de 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: *Grupo Familia Garita Alvarado, S.A., Grupo Familia Soto Víquez, S.A., Grupo Familia Esquivel Garita, S.A., y Grupo Familia Calderón Garita, S.A. contra Urbanizaciones y Lastrados, S.A (ULA, S.A.) y Contabilidades Más, S.A. (COMAS, S.A.)*. Tribunal arbitral de derecho. Árbitro: Lic. Álvaro Lara Vargas. Laudo Firme. Se presentó un recurso de nulidad contra este laudo arbitral, que fue declarado sin lugar. V. Sala Primera de la CSJ, N° 248, de las 11:10 horas del 14 de abril de 2004.

21 Laudo Arbitral. Considerando V. Sobre el Fondo. Puntos 1) y 2). pp. 28 a 34.

22 Laudo arbitral. p.36.

23 *Ibidem*. pp.39-41.

24 Laudo arbitral CCA #02-AR02-01-05, de las 15:00 horas del 27 de setiembre de 2005. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: *Line P y G Italian, S.A. contra Frío Club, S.A.* Tribunal arbitral de derecho. Árbitro: Lic. Sergio Artavia Barrantes. Laudo Firme. La demandada presentó un recurso de nulidad del laudo, el cual fue declarado parcialmente con lugar. En cuanto al tema que interesa, el laudo se mantuvo incólume. V. Sala Primera de la CSJ, N° 532, de las 10:35 horas del 15 de agosto de 2006.

25 Laudo arbitral. pp.3-4.

*cuando explicó: "...En la interpretación de los contratos, a fin de desentrañar su verdadero sentido y hallar lo que las partes quisieron plasmar en ellos, deben conjugarse una serie de factores entre los que cabe destacar el siguiente: ha de estarse primero a los términos y cláusulas indubitables que contengan"(...) si se asistiera al principio de contrato realidad con el fin de inquirir a través de los actos de ejecución, la coincidencia de lo que existió en verdad respecto de la letra del contrato, se llegaría obligadamente a la conclusión de que se trata de un arrendamiento(...)"<sup>26</sup>*

El laudo arbitral dictado en el caso de **Juan Carlos Castro González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda.**<sup>27</sup>, es un precedente importante en la aplicación de los principios internacionales de "presunción de competencia y diligencia profesionales". Además, refiere a la jurisprudencia judicial nacional que ha avalado su implementación en otros arbitrajes domésticos.

En el caso referido, el actor reclamó el incumplimiento de la demandada en la entrega de una unidad en condominio con las características especificadas por la última. Ésta alegó que unas reformas introducidas en el Reglamento de Construcciones, crearon una situación constitutiva de un "caso fortuito", que la eximía de responsabilidad. A continuación, se transcribe la mayor parte del pronunciamiento del tribunal arbitral:

*"(...) la demandada, al introducir bienes al mercado debe correr con los riesgos que ocasione (...) por lo que ha estado obligada a actuar con la diligencia propia exigida para su actividad empresarial constructiva, de acuerdo con el principio de "Competencia Profesional". En efecto, resultan de particular relevancia los principios y costumbres universalmente admitidos, plasmados en normativas uniformes tales como las leyes modelo y principios de la UNCITRAL y UNIDROIT (...) Dentro de estos principios destaca el del "efecto vinculante del contrato" (pacta sunt servanda) y la "presunción de competencia profesional" la cual supone que el comerciante tiene pleno conocimiento de los compromisos que adquiere, en especial si no ha hecho reservas o provisiones en el contrato. Estos principios, ampliamente utilizados en la jurisprudencia arbitral costarricense han sido avalados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Solo a manera de referencia, en un pronunciamiento reciente, de las 15:10 horas del 15 de enero de 2003, la Sala Primera al confirmar un laudo arbitral donde aplicó el principio de competencia profesional, afirmó: "... y antes por el contrario, como lo resalta el laudo, sus representantes eran personas familiarizadas con este tipo de negocios y en el caso concreto discutieron y consintieron expresamente el clausulado." (...) la accionada es agente económico y para efectos de ofertar y vender su producto, debió contar con el elenco profesional conocedor y actualizador sobre legislación e ingeniería,*

<sup>26</sup> *Ibíd*em pp.9-12.

<sup>27</sup> Laudo arbitral # 05-0054-AR/CICA, del 12 de julio del 2006. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). Partes: *Juan Carlos Castro González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda.* Tribunal Arbitral de derecho. Árbitros: Lic. Jaime Barrantes Gamboa, Lic. Ricardo González Mora y Lic. Roberto Yglesias Mora. Laudo Firme.

*a fin de evitar no solo contraer pactos con presunta violación de la normativa vigente y por virtud de ello, las consecuencias legales del caso. En realidad las relaciones comerciales se inspiran bajo el principio de buena fe y de confianza. (...) conforme con los principios de competencia y diligencia profesionales y de la doctrina sobre los actos propios, este tribunal llega al convencimiento de los términos en que la accionada se obligó y considera inaceptables, los motivos alegados (...) sobre caso fortuito y la imposibilidad de cumplimiento como causa sobreviviente.*<sup>28</sup>

El laudo arbitral concluyó que, desde antes de la reforma al reglamento de construcción, los condominios debían contar con las disposiciones ahí ordenadas. Según el tribunal, al introducir bienes al mercado, la demandada debía actuar con la diligencia propia de su actividad comercial; de acuerdo con el *principio de competencia profesional*.

Vale la pena hacer referencia a un laudo arbitral dictado varios años antes de la promulgación de la *Ley RAC*, que resolvió varios reclamos entre la empresa **Kajima Corporation y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)**<sup>29</sup>. El tribunal arbitral interpretó de forma muy peculiar el contrato suscrito entre las partes.

La empresa Kajima se adjudicó una licitación para la construcción de varias obras. En el contrato, se incluyó una cláusula conforme a la cual el *riesgo geológico* lo debía asumir la contratista. Además, las partes suscribieron un “acuerdo” posterior que estipulaba que, si la contratista cambiaba el sitio de extracción de agregados propuesto en su oferta, los costos adicionales correrían por su cuenta.

En efecto, la contratista se vio en la necesidad de reubicar el sitio de extracción en el que trabajaba, debido a varias dificultades presentadas en el primer lugar; por lo que solicitó una compensación por los gastos adicionales incurridos. El ICE se opuso a esta pretensión, invocando la existencia del acuerdo posterior en este sentido. Sobre el fondo de este reclamo, los árbitros resolvieron:

“ a) *La naturaleza se caracteriza por una gran diversidad de formas y contenidos; el ICE hizo estudios para predecir la condición de la naturaleza (...) Los estudios pueden reflejar las condiciones naturales de manera imperfecta (...) En consecuencia, no es razonable señalar responsabilidad al ICE ni al contratista, cuando se encuentran situaciones que difieren de los resultados de los estudios (...) Para que la contratista pueda recibir un ajuste por*

---

28 Laudo arbitral. pp.41-43.

29 Laudo arbitral remitido a las partes el 15 de abril de 1988. Partes: *Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)*, contra *Kajima Corporation*. Tribunal *Ad Hoc*. Árbitros: Ing. Roberto Leitón Soubannier, Ing. Manuel Sáenz Herrero, e Ing. Ricardo Charpentier García (Presidente). Laudo Firme.

*compensación, el ICE debe primero determinar si ha encontrado una situación imprevista a la luz de la información adicional entregada por el ICE. (...) el ICE y Kajima suscribieron una carta de acuerdos en la que la última se compromete a asumir los costos adicionales en que pudiere incurrir si se viera obligada a cambiar la fuente de agregados propuesta en su oferta. Este acuerdo se hizo sin que existiera igualdad de condiciones para tomarlo, ya que el ICE y Kajima no compartían la misma información, lo cual es contrario al trato justo a que tiene derecho el contratista. (...) Kajima se dedicó a investigar otros sitios (...) j) La explotación del tajo Turrúcares obligó a Kajima a incurrir en los siguientes gastos adicionales (...) POR TANTO: 1. El suscrito Presidente del Tribunal de Arbitraje, recomienda reconocer a Kajima Corporation una compensación (...)*<sup>30</sup>

Sobre la particularidad de este laudo arbitral, el Lic. Federico Torrealba comentó: *“El contratista cotiza con arreglo a la información que recibe de su cliente, y si esa información es inexacta, el laudo propone tácitamente la aplicación de la teoría francesa de la imprevisión. Así el contratista adquiere el derecho a una compensación adicional, aunque el contrato diga lo contrario.”*<sup>31</sup>

Otro pronunciamiento interesante de este mismo laudo arbitral, versó sobre la aplicación del procedimiento dispuesto para solicitar un

proceso de arbitraje, descrito en las cláusulas contenidas en el Cartel Licitatorio. Los árbitros decidieron desaplicar el procedimiento dispuesto en el Cartel. Al respecto, manifestó el árbitro Roberto Leitón:

*“27. De acuerdo al criterio de ICE, en su decir justificado en el contenido y el espíritu de las cláusulas del cartel referidas al Arbitraje, “el arbitraje tenía como función el resolver las discrepancias surgidas entre el ICE y el contratista en el momento de su ocurrencia para que así los árbitros puedan observar en el sitio, las causas o factores que originaron dichas discrepancias y no con posterioridad cuando dichos factores hubieran sido alterados en virtud del progreso del proceso constructivo. (...) Conclusión: las cláusulas sobre el arbitraje no son de aplicación práctica porque contrariamente a lo expuesto por el ICE, si se aplicaran el contratista debería interrumpir el trabajo cada vez que se solicite un arbitraje, para un caso determinado, en razón de no alterar factores en virtud del progreso del proceso constructivo.”*<sup>32</sup>

## II. Los vicios en la voluntad o el consentimiento.

El contrato tiene elementos constitutivos indiscutibles, como son la *voluntad*, la *forma* y la *causa*. Específicamente, en cuanto a la *voluntad* y su manifestación, se afirma que éstas

30 Laudo arbitral pp. 22-25.

31 Comentario del Lic. Federico Torrealba Navas. Fecha: 19 de junio de 2007.

32 Laudo arbitral pp. 42-43.



deben estar libres de “vicios”; entre los cuales se encuentran: el error, la intimidación y el dolo.<sup>33</sup>

En la antigüedad, *Savigny* defendió el hecho de que *la voluntad* es el elemento esencial del negocio y que su declaración, es sólo un medio de revelación. Por lo tanto, en caso de conflicto, debería prevalecer la voluntad. Sin embargo, los defensores de la “Teoría de la Declaración”, concordaban en que lo que debía prevalecer era *el negocio*; porque el querer interno es cambiante e inconsistente.<sup>34</sup>

Para la jurisprudencia arbitral internacional, debe prevalecer la voluntad expresada en los negocios; considerando que los comerciantes “tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente” y para ejercitar “una salvaguardia diligente de sus propios intereses, comportándose como prácticos razonables en lo que hacen.”<sup>35</sup>

La tendencia internacional ha trascendido a la jurisprudencia arbitral nacional, con la aplicación de principios como el de “*presunción de competencia profesional*” y “*presunción de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio*”.

Un precedente importante en este sentido, es el proceso arbitral establecido por la empresa ***Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A. contra el Grupo Acrearsa, S.A.***<sup>36</sup> La empresa actora reclamó la nulidad de un contrato de fideicomiso de garantía, por aparentes vicios del consentimiento al momento de su suscripción. En cuanto a este reclamo, el tribunal arbitral resolvió:

*“III. (...) C. Sobre los alegados “vicios del consentimiento.” A la hora de determinarse la suma debida en el fideicomiso, es de presumir que ambas partes ejercitaron la diligencia debida como empresarios; está, además, probado que ambas partes al negociar ejercieron presiones lícitas sobre su respectivo co-contratante. (...) El Tribunal no ve en ninguna de estas actuaciones un vicio de la voluntad que pudiese determinar la invalidez del negocio jurídico. (...) “... para que un negocio jurídico sea válido es necesario que la voluntad se forme libremente (...) cuando en un negocio encontramos error, violencia o dolo estamos frente a negocio viciado, concretamente anulable a instancia del perjudicado (...) no resulta de recibo la solicitud de nulidad por las razones siguientes: Es conocido el principio romano: “Nullus videtur*

33 Para ampliar sobre los elementos del contrato y los vicios del consentimiento: V. Baudrit Carrillo, Diego. (2000) *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato*. Op. Cit. p. 14; Pérez Vargas, Víctor (1977). *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. Revista Judicial. N° 5. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. p.99; y Pérez Vargas, V. (1994). *Derecho Privado*. Op. Cit. p. 233. V. artículos 1015 a 1021 del Código Civil costarricense; artículo 3.5. de los Principios UNIDROIT sobre el “Error determinante” en la voluntad o el consentimiento y el artículo 3.9 sobre la “Intimidación”. V. sentencias del Tribunal II Civil Sección II, N°198, del 30 de junio del 2005; Sala Primera de la CSJ, N° 452, del 27 de junio de 2007 y N° 174, del 9 de abril de 1992.

34 Pérez Vargas, Víctor. (1994). *Derecho Privado*. Op. Cit. pp.256-257.

35 Derains Yves. (1980). La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matière de vente internationale: expériences et perspectives. Convegno sulla compravendita Internazionale. Roma. Cita de Pérez Vargas, Víctor. (2002) *La Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Revista Judicial. N° 82. Op. Cit. p.127.

36 Laudo arbitral CCA #20-ARO7-07-00, de las 15:00 horas del 5 de setiembre del 2001. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: *Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A. contra el Grupo Acrearsa, S.A.* Tribunal arbitral de derecho. Árbitros: Dr. Fernando Mora Rojas, Dr. Roberto Yglesias Mora y Dr. Víctor Pérez Vargas (Presidente). Laudo Firme.

*dolo facere, qui suo jure utitur*”: “No parece que actúa con dolo quien su derecho usa.” (L. 55, Digesto, De Reg. Juris). El que ejerce un derecho conforme a las leyes y de buena fe no responde del perjuicio que resulte de este ejercicio (Ver Código Civil, artículos 21 y 22)”<sup>37</sup>

El tribunal arbitral fundamentó su decisión en el derecho que tienen los contratantes de ejercer “presiones lícitas” sobre sus co-contratantes, sin que éstas constituyan posibles medios de coacción que puedan viciar la voluntad de la otra parte. Así continuó el tribunal exponiendo en el laudo:

*“(…) el Tribunal encuentra que sí se ejerció presión, pero una presión lícita, cual es la del acreedor que legítimamente advierte al deudor que lo ejecutará si no paga. Del mismo modo hubo presiones, con amenazas de no firmar de parte del señor Arias, si no se cumplían ciertos requisitos, como incluir a su yerno y una rebaja (...) Como en toda negociación, cada una de las partes planteó exigencias para tutelar sus intereses. Los actos atribuidos a los acreedores no constituyen abuso del derecho, ni pueden calificarse de violencia moral capaz de determinar la llamada nulidad relativa del negocio. La parte actora ha alegado vicios de la voluntad. En algunos casos ha hablado de engaño (o sea, dolo), de error y, también de violencia moral (amenazas, coacción e*

*intimidación). El Tribunal comparte al respecto la doctrina sostenida por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Tal doctrina ha sido radicalmente restrictiva en materia de vicios de la voluntad, o del consentimiento, aplicando el principio de “presunción de competencia profesional” y “presunción de apreciación de los riesgos” de los operadores del comercio (...) habiéndose afirmado que “la imprudencia en personas mayores de edad y en su sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos”. (...) En este caso, el Tribunal utiliza esta presunción para subrayar que los firmantes (que se deben presumir aptos profesionalmente para el comercio) del contrato de Fideicomiso no podían ignorar el alcance de las cláusulas a que se sometían.* <sup>38</sup>

El caso de la sociedad **Atrium Developments, S.A. contra Residencias del Caribe, S.A.**<sup>39</sup>, versó sobre el incumplimiento en la ejecución de un “Contrato de Servicios Profesionales para Consultoría”, suscrito en una fórmula pre-impresa del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

La demandada-reconventora solicitó la nulidad del contrato suscrito entre las partes, debido al supuesto incumplimiento de algunos requisitos y formalidades. Alegó la falta de la firma conjunta de sus representantes,

37 Laudo arbitral. Punto III. Sobre el fondo, p. 20.

38 Laudo arbitral. III. Sobre el fondo. Punto C. pp.20-23. Otro laudo que resolvió de forma similar este tema, fue el Laudo Arbitral #CCA 01 AR-01-01-01, de las 15:00 horas del 22 de setiembre de 2001. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Caso de *Scott Paper Company, S.A. contra Diario Express R Castro e hijos, S.A.* Árbitros: Víctor Pérez Vargas (Presidente), Lic. Sergio Artavia Barrantes, y Lic. Rafael Valle Guzmán. V. Punto 5). Sobre los alegados vicios de la voluntad. pp.25-27. V. Sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N° 358, de las 10:35 horas del 3 de mayo de 2002, que confirmó este laudo.

39 Laudo arbitral #ARB82-07-04, de las 14:00 horas del 15 de noviembre de 2005. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: *Atrium Developments, S.A. contra Residencias del Caribe, S.A.* Tribunal arbitral de derecho. Árbitro único: Dr. Roberto Yglesias Mora. Laudo Firme.

en el formulario indicado, y la presencia de alteraciones en el documento. Al respecto, el Árbitro que dirimió este conflicto consideró:

*“c) (...) se suscribió un documento (...) utilizando para ello las partes una fórmula preimpresa (...) ha sido impugnado por la parte demandada, quien lo ha calificado como nulo, adulterado y espúreo, (...) i) Porque no fue firmado correctamente por la actora, toda vez que a su juicio debieron firmarlo dos coapoderados y solo lo firmó el Presidente (...) y, ii) Por cuanto se modificaron los servicios acordados y los porcentajes se insertaron en letra manuscrita, con posterioridad a la firma de ese documento (...) la omisión que apunta la demanda en cuanto a la ausencia de la firma de otro coapoderado carece de la gravedad y alcances que se reclaman, siendo que el contrato entre las partes ya se había perfeccionado desde el 2004 y estaba en ejecución (...) No puede la demanda ir contra sus propios actos, como fue convenir con la empresa actora desde principios del 2004, la elaboración de los planos constructivos (...) la empresa actora ya había hecho una modificación estatutaria de su personería (...) Por ello es explicable que para la firma del contrato, el 2 de marzo, solamente lo suscribiera el Presidente. (...) también es cierto que ante terceros, la personería legal es la inscrita*

*formalmente en el Registro Mercantil (...) Empero, la misma parte actora, (...) mantiene vivo y ratifica con sus continuas actuaciones el compromiso adquirido previamente desde principios del 2004, siendo el documento del 2 de marzo no más que un reflejo de ese acuerdo previo (...) Frente a estos hechos, la omisión y nulidad alegadas se deben tener por subsanadas, conforme al artículo 836 en relación con los artículos 838, 839, y 840, todos del Código Civil. (...) tanto por la conducta y acciones de los funcionarios de ambas empresas litigantes, como por las acciones ulteriores del Presidente de la actora (...) rechazándose por ello la oposición y reclamos formulados por la demandada.”<sup>40</sup>*

El citado laudo arbitral, invocó la normativa referente a las *nulidades relativas* de los contratos. Determinó que no faltaron condiciones esenciales en la formación del convenio, sino que éstas fueron *irregulares o imperfectas*; quedando convalidadas con la ratificación tácita de los actos de las partes.<sup>41</sup>

### III. El caso de Fuerza Mayor.

Las expresiones “*caso fortuito*” y “*fuerza mayor*” han sido relacionadas y asimiladas conceptualmente por la doctrina.<sup>42</sup> Diversos autores han afirmado que existe un consenso

40 Laudo arbitral. pp.19-23.

41 Cfr. artículos 836 a 839 del Código Civil costarricense.

42 Gianfelici, Mario. (1995). Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor en el sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot. p.25. La unidad conceptual, desarrollada por la *Teoría Monista*, propuso la equivalencia de estos dos términos. El “accidente inculpable” o “caso fortuito” se llegó a equiparar a la *vis maior* o fuerza mayor. Para ampliar, ver antecedentes doctrinales y características de ambas figuras jurídicas en el libro del autor Gianfelici.

respecto a su similitud, por lo que para estudiar estas figuras jurídicas hay que hacer referencia a las características atribuibles a ambas.<sup>43</sup>

El autor Brenes Córdoba explicaba que, conforme a su significado originario, el término “fuerza mayor” se refería más que todo a un acontecimiento *insuperable*.<sup>44</sup> Para el Dr. Víctor Pérez, la fuerza mayor se debe a un *hecho de la naturaleza*, mientras que el caso fortuito se deriva de un *hecho humano*.<sup>45</sup>

El Dr. Pérez sugiere tres criterios impuestos por la doctrina dominante, para diferenciar ambos conceptos: 1) El *origen* del evento; 2) El grado de *imprevisibilidad* o *inevitabilidad* del evento; y 3) La *esfera* o lugar en que ocurre el evento.<sup>46</sup> Algunos opinan que la fuerza mayor es producida por un acontecimiento *irresistible* o *inevitable*, que impide absolutamente cumplir una obligación.<sup>47</sup>

Nuestra Sala Primera ha aceptado que un hecho constituya un caso de fuerza mayor,

aunque sea *previsible*, pero *inevitable* para el deudor.<sup>48</sup> Según la Sala, aparte de la imprevisibilidad e irresistibilidad, el hecho generador del incumplimiento debe provenir de una *esfera extraña* al deudor.<sup>49</sup>

En síntesis, la fuerza mayor configurará una causal de exención de responsabilidad, si deriva de un hecho *“imprevisible, inevitable, de la naturaleza, extraño y exterior”*.<sup>50</sup> El Artículo 7.1.7. de los Principios UNIDROIT, reconoce la figura de la *force majeure* como causa de exoneración de responsabilidad, y establece: “1. *El incumplimiento de una parte se excusa si (...) fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.*”

Tendiendo en cuenta los criterios jurisprudenciales judiciales, hemos encontrado interesante lo resuelto por el laudo arbitral dictado en el proceso de **Compañía**

43 Bibliografía propuesta sobre el tema: Mosset Iturraspe, Jorge. En: Brebbia, Roberto *et al.* (1980). Temas de Derecho Civil. Caso fortuito y fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad civil por culpa y responsabilidad objetiva. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad; Larroumet, Christian (1999). Teoría General del Contrato. Vol. (2). Santa Fe, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.; Lacruz Berdejo, José Luis *et al.* (1994). Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato. Vol. (1). 3 ed. Barcelona, España: Editorial José María Bosch Editor, S.A.; O’Callaghan, Xavier (2001). Compendio de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Tomo II. Vol. (1) 3ed. Madrid, España: Editorial Edersa; y Tamayo Lombana, Alberto. (1998). Manual de Obligaciones. La responsabilidad Civil. Fuente de Obligaciones. Vol. (2). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.

44 Brenes Córdoba, Alberto (1998). Tratado de las Obligaciones. 7ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.108.

45 Bosari y Longo, citados por Pérez Vargas, Víctor. (1994). Derecho Privado. Op. Cit. p.403.

46 Pérez Vargas, Víctor (1994). Derecho privado. Op.Cit. pp.403-404. V. artículos 633 y 702 del Código Civil, sobre la extinción de las obligaciones por un obstáculo que haga imposible su cumplimiento, y la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad, respectivamente. V. también Art. 428 del Código de Comercio.

47 Tamayo Lombana, Alberto. (1998). Manual de Obligaciones. (...). *Op. Cit.* p.162.

48 V. Sala Primera de la CSJ, N° 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994. Asimismo, esta Sala ha expuesto la necesidad de dar un contenido jurisprudencial y doctrinal, a los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor”. En este sentido, V. sentencia N° 772, de las 14:20 horas del 13 de octubre de 2006. V. también, sentencia del Juzgado Cuarto de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 14 horas del 6 de julio de 1992, confirmada por sentencia de la Sala Primera, N° 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994.

49 Según la jurisprudencia judicial, este último factor hace la diferencia entre los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor”. V. Sala Primera de la CSJ, N°262 de las 15:50 horas del 21 de mayo de 1999.

50 V. Sala Primera de la CSJ, N° 376, de las 16:20 horas del 21 de junio de 2006.

**Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L. contra Saret de Costa Rica, S.A.**<sup>51</sup> Los árbitros analizaron si un acontecimiento natural producido durante la ejecución de un contrato de construcción, constituyó una causal de fuerza mayor, eximente de responsabilidad para la contratista.

A raíz del desbordamiento del cauce de un río, se desplomaron unas torres de transmisión construidas por la contratista, Saret. Esta solicitó el reconocimiento de un plazo adicional para la entrega de las obras, en razón de un “caso de fuerza mayor” derivado de un suceso “*natural, inevitable, e imprevisible*”; así como una reparación económica por los gastos adicionales en que incurrió para responder a la emergencia.

El tribunal arbitral aceptó parcialmente la pretensión de la contratista<sup>52</sup>; pues le concedió una compensación económica, pero no la configuración de un hecho de fuerza mayor que justificara el otorgamiento de un plazo adicional. Los árbitros consideraron que las líneas de transmisión atravesaban una zona de inundación, por lo que misma debió prever una mayor protección para las obras, e indicaron:

*“8. (...) en ningún caso (documento, testimonio, etc.) se menciona que el caudal del río haya desbordado ninguno de sus bancos, por lo que la crecida no alcanzó el grado de inundación. Esto significa que la magnitud del fenómeno no fue excepcional (...) 9. El diseño de cualquier estructura que se vaya a construir cerca del borde de bancos erosionables de un río, puede contemplar el que la estructura resista la acción erosiva del agua o que no la resista (...) 10. Las estructuras (...) deben estar dotadas de determinadas protecciones que logren contener el ataque de las corrientes del río, pues su reposición toma mucho tiempo y tienen un alto costo. (...) 16. La socavación del banco izquierdo del río Chirripó a la altura del poste #151, no constituye un caso de fuerza mayor, pues el río no se salió de su cauce”.*<sup>53</sup>

Resulta interesante que el mismo laudo hizo constar que a raíz del fenómeno natural producido en el río, la torre de transmisión dañada “*sufrió las consecuencias de una socavación de ese banco (del río), lo que provocó la falla de una de sus anclas, quebradura de uno de sus postes, la caída de una fase y la salida del servicio de la Línea.*”<sup>54</sup>

51 Laudo arbitral remitido a las partes el 12 de Julio de 2002. Tribunal *Ad Hoc*, de equidad. Partes: *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L. contra Saret de Costa Rica, S.A.* Árbitros: Ingeniero Luis Llach Cordero, Ing. Roberto Lara Eduarte, e Ing. Ricardo Corrales Quesada. Laudo Firme. V. sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N°154-F-2004, que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la actora y acogió parcialmente el de la demandada. En cuanto al tema de interés, el laudo se mantuvo firme.

52 Debe aclararse que la decisión del tribunal arbitral en cuanto a este tema, no fue unánime. V. Laudo arbitral, Capítulo 23. Reclamo Número 5, titulado: “Fuerza Mayor en el Río Chirripó y Obras Adicionales”, pp.23-1 a 23-14.

53 Laudo arbitral. Punto 23.2. Considerando (Posición de los árbitros). 23.2.1. Posición de mayoría de los árbitros Lara Eduarte y Llach Cordero, pp.23-4 a 23-5.

54 *Ibidem*, p.23-5.

Sin embargo, los árbitros no consideraron que las consecuencias descritas fueran de un grado “excepcional”. Tampoco analizaron que el evento dañoso tuvo un origen externo al ámbito de acción de la contratista: la fuerza destructora de la naturaleza. Así las cosas, el tribunal concluyó:

“POR TANTO: a) Por mayoría de los árbitros Lara Eduarte y Llach Cordero y en equidad, acoger parcialmente el Reclamo 5 de Saret (...) en cuanto a que Compañía Hidroeléctrica (...) debe reconocer (...) una compensación o retribución económica adicional por concepto de trabajos adicionales en las obras (...) cuyo alcance excedió el nivel de obra previsto en el contrato (...) b) Vota en contra el arbitro Corrales Quesada por cuanto, aun cuando Compañía Hidroeléctrica (...) debe reconocer una compensación (...) la razón de la misma es la fuerza mayor causada por el evento del 19DIC98, totalmente impredecible, súbito y fuera del control razonable de Saret (...) c) Por mayoría de los árbitros (...) rechazar la pretensión de ampliación de plazo y aplazamiento de la fecha de Aceptación Preliminar. d) Vota en contra el arbitro Corrales Quesada por cuanto Compañía Hidroeléctrica

*Doña Julia, S.R.L., debe reconocer una ampliación en el plazo de las obras y del a fecha de Aceptación Preliminar, en razón de la fuerza mayor causada (...)*”<sup>55</sup>

Podría pensarse que la posición del tribunal arbitral fue un tanto rigurosa, al considerar que el evento natural era previsible para la empresa contratista. Alberto Tamayo nos explica, por ejemplo, que se debe establecer si una persona común, pero prudente, hubiera podido prever el hecho. La previsibilidad debe existir en relación con todos, no solamente con el deudor.<sup>56</sup>

En uno de los procesos arbitrales establecidos por la empresa **Alterra Partners de Costa Rica contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)**<sup>57</sup>, se discutió la existencia de una causal de fuerza mayor.<sup>58</sup> La actora, pretendió comprobar que el contenido de un informe de la Contraloría General de la República había afectado negativamente el flujo de caja su proyecto; impactando en su capacidad de repago a la compañía que la financió.

La Contraloría emitió un informe<sup>59</sup> en el que se ordenó la revisión de las tarifas aeroportuarias. La actora alegó que la *Internacional Finance*

55 *Ibidem*. Acta del Tribunal Arbitral N° 53, de las 9:00 horas del 5 de julio de 2002. pp.23-11.

56 Tamayo Lombana, Alberto. (1998). Manual de Obligaciones. Op. Cit. p.166. Recordemos que la Sala Primera ya ha reconocido la existencia de la fuerza mayor, aún en supuestos *previsibles*, pero *inevitables* para el deudor. V. Sala Primera de la CSJ, N° 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994. V. ejemplo de caso similar en: Pérez Vargas, Víctor. (1994). Derecho Privado. Op. Cit. p.147.

57 Laudo arbitral # 001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre de 2005. Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial (CLAE). Partes: *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*. Tribunal de derecho. Árbitros: Lic. Raymundo Volio Leiva, Ronald Hidalgo Cuadra y Lic. Hubert Steinworth Sauter. Laudo Firme. V. sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N° 717-2006. La Sala declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por Alterra, y declaró parcialmente con lugar el del CETAC. Sobre el tema de interés, el laudo se mantuvo firme.

58 La relación negocial entre *Alterra Partners* y el *CETAC*, inició cuando el Gobierno de Costa Rica promovió una licitación pública internacional para la contratación de servicios de operación y administración, entre otros, del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría; empleando la figura jurídica del *Contrato de Gestión Interesada*.

59 El informe referido fue el DFOE-OPI/2003, de fecha 5 de marzo de 2003.

*Corporation (IFC)*, empresa que la financió, le suspendió los desembolsos ante la posible modificación de estas tarifas; situación que provocó el incumplimiento de algunas de sus obligaciones.

Al resolver este punto, el tribunal arbitral citó lo dispuesto en otro laudo arbitral dictado por el Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad (CRCP)<sup>60</sup>, en un caso similar presentado entre las partes. Haciendo suyos los argumentos del otro laudo, el tribunal resolvió:

*“(...) si bien el informe de la Contraloría afectó la forma en que se venía aplicando el régimen tarifario, ello no fue un hecho imprevisible para las partes, ni ajeno al contrato, pues la Contraloría General lo que hizo fue imponer la legalidad interna del pacto en uso de sus facultades constitucionales y, en el tanto no sea anulado por una instancia competente, ya que en ese proceso arbitral el Tribunal se estimó carente de facultades al efecto ni le fue pedida la nulidad, no podía darse paso a una indemnización de daños y perjuicios, como afirmó en su laudo. (...) como todo acto administrativo, ese informe era susceptible de ser impugnado ante los Tribunales de la República. (...) Sin embargo, ni el CETAC, ni el Gestor, impugnaron dicho acto, ni se solicitó la suspensión de los efectos (...) ante la jurisdicción contencioso administrativa. Si bien la empresa actora interpuso (...) un*

*recurso de amparo ante la Sala Constitucional (...) la Sala lo declaró sin lugar.”*<sup>61</sup>

El laudo arbitral concluyó que el informe de la Contraloría pudo haber sido impugnado a tiempo ante los tribunales costarricenses. Por lo tanto, la situación no fue insuperable para la empresa Alterra y no configuró un caso de fuerza mayor.

#### **IV. El reconocimiento de intereses retroactivos, calculados a partir de una fecha anterior a la firmeza del fallo (laudo), en el caso de las obligaciones de valor.**

El incumplimiento o la tardanza en el cumplimiento de una obligación, se reconoce mediante el pago de intereses. Se denominan *intereses convencionales*, los determinados por las partes; las cuales disponen su cuantía y modo de pago.<sup>62</sup> Sin estipulación expresa, la obligación devengará el pago de *intereses legales*, sea los dispuestos en la ley.<sup>63</sup>

Generalmente, las deudas de dinero dan lugar a la prestación de *intereses*. En otros casos, es la valoración dineraria de los bienes de capital, la que los produce.<sup>64</sup> Es así como se distinguen las deudas de una suma de dinero, de las deudas de valor<sup>65</sup>; denominadas como *obligaciones dinerarias* y *obligaciones de valor*, respectivamente.

60 Laudo arbitral de las 11:00 horas del 12 de noviembre de 2004. Centro de Resolución de Conflictos de la Propiedad (CRCP). Partes: *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*.

61 Laudo Arbitral # 001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre de 2005. Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial (CLAE). *Op. Cit.* p.103. El laudo se refiere al Voto de la Sala Constitucional, N° 13863 del 7 de octubre de 2005.

62 Blasco Gasco, F. (Comp.) *Op. Cit.* p. 124.

63 V. artículos 1163 del Código Civil y 497 del Código de Comercio costarricenses, sobre la tasa de interés legal aplicable para las obligaciones civiles y mercantiles.

64 Lacruz Berdejo, José Luis. *et.al. Op. Cit.* p. 115.

65 Blasco Gasco, F. (Comp.). *Op. Cit.* p. 117. Sobre la distinción entre las *obligaciones de valor* y las *obligaciones dinerarias*, V. Sala Primera de la CSJ, N°49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995 y N° 795, de las 16:00 horas del 31 de octubre de 2005.

La Sala Primera ha señalado que en las obligaciones dinerarias se debe un *quantum*, o “una suma de signo monetario determinada numéricamente en su origen”. Mientras que, en las deudas de valor se debe un *quid*; que es un bien o una utilidad inmodificable, que corresponde a “una expectativa o pretensión patrimonial del acreedor”. La cuantificación del crédito, en este último caso, viene a ser “extrínseca” respecto a la obligación.<sup>66</sup>

En el caso de las *obligaciones dinerarias*, los daños y perjuicios consisten en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo; es decir, a partir del momento en que la obligación resulta exigible. Se permite el pago de intereses retroactivos a la fecha en que fue dictado el fallo o sentencia principal.<sup>67</sup>

Por otra parte, en el caso de las *obligaciones de valor*, la jurisprudencia judicial nacional ha establecido que no puede condenarse a pagar intereses desde la producción del hecho generador, o desde una fecha anterior al dictado de la sentencia condenatoria; sino a partir de

la firmeza de ésta.<sup>68</sup> Lo anterior se explica, en que estas deudas son cuantificadas hasta en la etapa del dictado de la sentencia.<sup>69</sup>

Al contrario de nuestra jurisprudencia judicial, los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional disponen que los intereses derivados de las obligaciones no dinerarias, deben calcularse a partir del momento en que se incumple la obligación; y no a partir de la firmeza del fallo.<sup>70</sup>

Nos interesa la jurisprudencia arbitral costarricense que ha permitido el cálculo de intereses retroactivos al dictado del laudo, en el caso de las obligaciones de valor. Nuevamente, haremos referencia al proceso de ***Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L., contra Saret de Costa Rica, S.A.***<sup>71</sup>

La empresa *Saret*, solicitó el reconocimiento de intereses sobre los extremos concedidos en el laudo, desde que cada rubro fue exigible y hasta el momento de su efectivo pago. El tribunal arbitral fijó varias fechas anteriores al dictado del laudo, a partir de las cuales se

66 Cfr. Sala Primera de la CSJ, N° 49, de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

67 Cfr. Sala Primera de la CSJ, N° 731, de las 10:55 horas del 25 de diciembre de 2002. En este mismo sentido, V. inciso 1), del Artículo 7.4.9 de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional.

68 Sala Primera de la CSJ, N° 36, de las 15:40 horas del 10 de enero de 2001.

69 Según el autor O’Callaghan, los supuestos más frecuentes de esta clase de obligaciones corresponden a: i) Las obligaciones nacidas de acto ilícito, la responsabilidad extracontractual; y ii) Los procedentes de la responsabilidad contractual: la indemnización por incumplimiento total o parcial del contrato. V. O’Callaghan, Xavier. *Op. Cit.* p. 103.

70 El artículo 7.4.10. de los Principios UNIDROIT, indica: “*Intereses sobre el resarcimiento: A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.*”

71 Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, de 12 de julio del 2002. Caso de *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra Saret de Costa Rica, S.A.*; citado anteriormente. V. Capítulo 33, titulado: “Reconocimiento de Intereses”. pp.33-1 a 33-9.



iniciaría el cómputo de los mismos. La mayoría de las pretensiones declaradas con lugar, correspondían a *obligaciones de valor*.<sup>72</sup>

En su voto de minoría, uno de los árbitros expuso que no estaba de acuerdo con algunas de las fechas a partir de las cuales se procedió a establecer el cálculo de los intereses, y argumentó:

“No fue sino hasta después de la terminación de las obras, con la presentación de la Demanda, y la Contrademanda, que las partes conocieron la posibilidad de una responsabilidad derivada de esos reclamos, posibilidad que se materializó en el laudo. Por lo tanto, se inician en la fecha del laudo y no antes.”<sup>73</sup>

En general, el laudo referido se apartó considerablemente de la tendencia jurisprudencial tradicional, en cuanto al tema del reconocimiento de intereses retroactivos a la firmeza del fallo.

Analizamos también, otro laudo arbitral dictado en un arbitraje de ***Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)***<sup>74</sup>. El consorcio Alterra, presentó una demanda arbitral para reclamarle

al Estado una indemnización por varios costos adicionales en que incurrió, a raíz de supuestos atrasos del demandado en la toma de decisiones sobre el proyecto desarrollado en el Aeropuerto Juan Santamaría.

El tribunal arbitral declaró parcialmente con lugar la demanda, y condenó al pago de intereses sobre las sumas concedidas por concepto de indemnizaciones a favor de la actora; disponiendo lo siguiente:

*“1°) Debe la parte demandada pagar a la actora las siguientes sumas y por los conceptos que se indicarán: a) (...) como indemnización por concepto de costos adicionales en la construcción de la torre de control; b) (...) como indemnización por setenta y nueve días de atraso que impactaron en los costos del proyecto; (...) 2°) sobre las sumas antes concedidas en los puntos 1°) a) y 1°) b) debe la demandada pagar a la actora los correspondientes intereses desde la fecha en que presentó la reclamación correspondiente, el once de mayo de dos mil cuatro y hasta la fecha de la formalización de la presente demanda arbitral con la tasa “prime rate”; 3°) El saldo en descubierto por la suma de (...) y los intereses legales sobre (...) desde el treinta*

72 Entre las pretensiones declaradas con lugar por el laudo arbitral, estaban: el pago de indemnizaciones por atrasos en la entrega de ciertas obras; el pago de mobiliario, suministros y gastos adicionales; pago de obras adicionales construidas; así como del reintegro de sumas cobradas indebidamente. Todas constituyeron obligaciones de valor, determinadas y cuantificadas en el laudo arbitral.

73 Laudo arbitral, p.39-8.

74 Laudo arbitral #ARB 29-05, de las 12:15 horas del 2 de noviembre de 2005. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). Partes: *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)* y el Estado. Tribunal Arbitral de *Derecho*. Árbitros: Dr. Juan Luis Arias Arias, Msc. Alejandro Rodríguez Castro y Dr. Olman Arguedas Salazar. Laudo Firme. V. Sala Primera de la CSJ, N° 718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre de 2006, que declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad presentado por el CETAC. Sobre el tema de interés, el laudo se mantuvo firme.

*y uno de diciembre del dos mil dos hasta el doce de junio de dos mil tres, conforme a la tasa "prime rate" por concepto de atraso en el pago de \$200.000 (doscientos mil dólares); 4° (...) Todas las sumas concedidas en abstracto se liquidarán en la vía de ejecución de este laudo ante el juez correspondiente."*<sup>75</sup>

Tanto la "indemnización por costos adicionales" en la construcción del proyecto, como la "indemnización por días de atraso", constituyen obligaciones de valor. El tribunal arbitral, ordenó a la demandada que debía cancelar los respectivos intereses sobre estas sumas, desde la fecha en que se presentó la reclamación y hasta la fecha de formalización de la demanda.

Para fundamentar la condenatoria al pago de intereses, el tribunal arbitral invocó el principio de la "reparación integral del daño"; estimando que el deber de reparar un daño surge inmediatamente después del hecho dañoso y no después, con la sentencia firme que lo declara. El argumento del tribunal arbitral fue muy interesante, por lo que se resume a continuación:

*"XIV. El reclamo de intereses legales sobre las sumas anteriores. Dice la accionante que (...) los intereses tienen que ser retroactivos a la fecha en que se presentó la correspondiente reclamación (...) La parte demandada aduce que tal cobro no procede, porque el pago de intereses sólo cabe cuando se trata de obligaciones dinerarias, es decir, de sumas de dinero determinadas, líquidas y exigibles, y no sobre obligaciones de valor, que deban ser*

*fijadas por el Juez. (...) En sus conclusiones, dicha parte cita en su respaldo la Sentencia N° 45 de la Sala Primera de Casación, de 15:00 hs. del 19 de mayo de 1995, entre otras. Con todo, debe observarse que ya ha dicho esa misma Sala que "El ordenamiento jurídico no puede desde ningún punto de vista premiar al moroso y propiciar por conveniencia una actitud de mora.", según puede verse de la Sentencia N° 731-F-2002, de 10:55 hs. del 25 de setiembre de 2002. Estima este Tribunal que, en realidad, la cuestión es ajena a la distinción entre "obligaciones dinerarias" y "obligaciones de valor", sino que más bien es propia del principio de que la reparación de la responsabilidad civil tiene que ser integral. (...) todo el que cause un daño debe repararlo de manera completa, o al menos de la manera más completa posible (...) así resulta indiferente que la fuente de la responsabilidad sea el incumplimiento de un convenio (Artículo 702 del Código Civil) o la comisión de un ilícito por culpa o dolo (artículo 1045 y siguientes del mismo Código), porque lo que se busca es volver al estado anterior que tenían las partes antes de la comisión del hecho dañoso (...) entonces, el requerimiento de que la reparación tenga que ser "integral" no es más que una derivación obligada del "saber a qué atenerse" en las relaciones de convivencia (...). La cuestión es, entonces: 1) ¿Cuándo jurídicamente se produjo el daño y nació el consecuente deber de indemnizarlo? 2) ¿Cuándo se produjo el daño? o 3) ¿Cuándo los tribunales constataron la existencia de ese daño previo examen de los mecanismos de atribución de responsabilidad? En opinión del Tribunal, el deber de reparar surge*

---

75 V. Laudo arbitral. Por Tanto.

*inmediatamente después de haberse cometido el hecho dañoso y no más tarde, cuando viene la sentencia firme que así lo declare.(...) Es del caso, por las razones expuestas, declarar que el pedimento de la actora sobre este particular es de recibo (...) será del caso declarar en abstracto que el Estado deberá pagar intereses a la tasa que se dirá sobre las sumas que aquí se conceden, y calculados desde la fecha en que se presentó la reclamación correspondiente (...) y hasta la fecha de formalización de la presente demanda arbitral, tal y como fue pedido.”<sup>76</sup>*

La demandada interpuso un recurso de nulidad contra el laudo. Uno de sus reclamos se dirigió contra la condenatoria al pago de intereses y alegó que el laudo “quebrantó normas imperativas o de orden público, al darle efectos retroactivos a la declaratoria de un derecho para reconocer el pago de intereses”. Consideró que, de manera retroactiva, se concedió “el pago de frutos civiles sobre una obligación de valor.”<sup>77</sup>

De forma particular, la Sala Primera avaló lo resuelto por el laudo, indicando que el mismo pretendía salvaguardar los principios de “justicia” y de “reparación integral del daño”,

al reconocer una “especie de indexación no convencional” sobre las deudas en cuestión.<sup>78</sup> En lo que interesa, la Sala Primera expuso:

*“XI. (...) el Tribunal Arbitral no aplicó indebidamente el principio de irretroactividad; sino que los actuados por los señores árbitros fueron los postulados de justicia pronta y sin denegación, tutela judicial efectiva e íntegra reparación del daño, al reconocer una especie de indexación no convencional sobre los montos reconocidos. Por consiguiente, son esos los principios que debió alegar conculcados el representante del CETAC e invocar el quebranto de los ordinales 9, 11, 33 y 41 de la Constitución Política, lo cual no hizo. Sobre el instituto de la indexación no convencional, pueden consultarse las sentencias de este órgano jurisdiccional números 1016 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre del 2004 y 795 de las 16 horas del 31 de octubre del 2005. En razón de lo expuesto debe rechazarse el cargo planteado.”<sup>79</sup>*

Pareciera que en la sentencia de la Sala Primera, se confunde el procedimiento de cálculo de intereses con el de la *indexación*, que lo que hace es reajustar el monto de la deuda o capital. En el caso de las obligaciones

---

76 Laudo Arbitral. Considerando XVI. Cfr. con Sala Primera de la CSJ, N° 718 de las 15:20 horas del 27 de setiembre de 2006, Considerando XI.

77 V. Sala Primera de la CSJ, N° 718 de las 15:20 horas de 27 de setiembre del 2006. Considerandos X y XI.

78 De referencia sobre el tema de la *indexación* de las deudas, V. antigua posición de la Sala Primera, antes de aceptar este mecanismo, en sentencias: N° 57 de las 11:00 horas del 24 de julio de 1989; N° 75 de las 16:00 horas del 13 de mayo de 1992; N° 49 de las 15:00 horas del 19 de mayo de 1995; N° 947 de las 10:00 horas del 22 de diciembre del 2000; y N° 518 de las 11:00 horas del veintiocho de agosto del 2003. V. sentencia que permitió la *indexación*, N°1016, de las 9:30 horas del 26 de noviembre de 2004.

79 Sala Primera de la CSJ, N° 718 de las 15:20 horas del 27 de setiembre de 2006. Considerando XI.

de valor, la indexación se permite para el período que cubre desde la firmeza de la sentencia principal hasta su efectiva ejecución; no retroactivamente a fechas anteriores al dictado del fallo.<sup>80</sup>

Siempre de interés para este tema, encontramos el laudo arbitral dictado en el caso del **Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas, S.A. (ICIC) contra la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)**.<sup>81</sup> El conflicto entre las partes, versó sobre el incumplimiento de un convenio para el desarrollo de proyectos de investigación en el área de salud.

La Junta Directiva de la CCSS, decidió iniciar un procedimiento para la resolución del contrato con el ICIC, pues consideró que las investigaciones realizadas violaban algunos derechos humanos fundamentales. Sin notificar al ICIC de esta decisión, los representantes de la CCSS expusieron su posición en varias publicaciones en diarios nacionales.

El ICIC, entabló una demanda arbitral por daños y perjuicios contra la CCSS, la cual fue acogida parcialmente. En la parte dispositiva del laudo, el tribunal arbitral indicó:

*“(...) se condena a la Caja Costarricense (...) a pagar al Instituto Costarricense de Investigaciones (...) los daños y perjuicios causados y reclamados, los cuales se fijan de la siguiente forma: (...) como daño directo por incumplimiento de contrato; (...) como intereses reclamados sobre esa suma desde junio de mil novecientos noventa y cinco hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve; (...) como suma global reclamada por daño de imagen y lucro cesante o costo de oportunidad; (...). Se condena igualmente a la demandada a pagar los intereses reclamados y que se hubieren generado con la posterioridad al treinta y uno de diciembre del mil novecientos noventa y nueve y hasta el efectivo pago de la suma reclamada por daño directo, único respecto del cual se reclama éstos. Igualmente se condena a la demanda, a pagar las costas personales de este proceso arbitral (...)”*<sup>82</sup>

El tribunal arbitral reconoció los intereses legales sobre el extremo de “daño directo por incumplimiento contractual”, tal y como lo solicitó la actora. Las indemnizaciones a título de daños y perjuicios, constituyen deudas de valor. El tribunal fijó una fecha anterior al

80 En la sentencia de la Sala Primera, N°1016-F-2004, se reconoció la posibilidad de efectuar la *indexación no-convencional* de las deudas. Sin embargo, la misma especifica que este procedimiento se aplica en el caso de las deudas dinerarias, o en caso de las obligaciones de valor efectivamente liquidadas. Solo después de dictado el fallo, la deuda de valor adquiere el carácter de deuda dineraria, líquida y exigible, y se puede efectuar su indexación en la etapa de ejecución.

81 Laudo arbitral # CCA05-AR-02-03-00, de las 9:30 horas del 1 de noviembre de 2000. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas, S.A. (ICIC)*, contra la *Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)*. Tribunal Arbitral de derecho. Árbitros: Lic. Tobías D’Ambrosio Umaña, Lic. Marcelo Martén Sancho y el Dr. Francisco Luis Vargas Soto. Laudo Firme. V. Sala Primera de la CSJ, N° 791, de las 15:35 horas del 5 de octubre de 2001, que declaró sin lugar el recurso de nulidad planteado por la CCSS.

82 V. Laudo Arbitral. Por Tanto, p.29.

dictado del laudo, como punto de partida para el cálculo de los intereses. Nuevamente, tenemos un precedente contrario a la jurisprudencia judicial dominante sobre el tema.

Otro caso analizado fue el de **Quebradores H y E de Orosí, S.A.** contra **Inversiones Juan León García, S.A.**<sup>83</sup> La actora alegó, entre otros, que la demandada retuvo indebidamente varias sumas en garantía de su cumplimiento. Reclamó el pago de daños y perjuicios, y los gastos adicionales por la construcción de obras no previstas en el contrato.

El laudo arbitral concluyó que la actora cumplió en lo fundamental con sus obligaciones. Se estableció que las retenciones efectuadas por la demandada, no le fueron devueltas a la contratista. El tribunal consideró pertinente reconocer un pago parcial a la accionante, por los gastos adicionales en que incurrió. De esta forma, concluyó el laudo arbitral:

*“POR TANTO: (...) Se condena a la sociedad Inversiones Juan León García, S.A. al pago de las siguientes sumas: a) Por retenciones no pagadas (...). b) Por daños por retardo en cumplimiento de la entrega de los planos, consistentes en los costos adicionales en que incurrió la demandante por la contratación de un topógrafo residente, (...). c) Intereses sobre*

*los anteriores montos al tipo de ley, conforme a la tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica, a partir del 20 de febrero de 2001 y hasta su efectivo pago, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia. (...)”*<sup>84</sup>

Los costos adicionales en que incurrió la actora, no estaban contemplados dentro de las prestaciones del contrato. La obligación de pago de estos gastos, surgió al momento del dictado del laudo, por lo que constituye una deuda *de valor*. Este laudo, también contradice la jurisprudencia judicial, que hubiera fijado su pago a partir de la firmeza del fallo.

V. El valor de las “arras” o el “adelanto”, en la promesa recíproca de compraventa y en la opción de compra.

Las “arras” son originalmente sumas de dinero que el obligado entrega al acreedor, en señal de trato o de confianza.<sup>85</sup> Existe una distinción entre las *arras confirmatorias* (creativas y perfectivas del contrato principal) y las *arras penales* (o punitivas).<sup>86</sup>

Las arras confirmatorias cumplen una función probatoria, demuestran que el contrato se ha celebrado y ha comenzado a ser cumplido.<sup>87</sup> Las arras penales, no se imputan al precio sino que funcionan de modo similar al

83 Laudo arbitral #A-001-01, de las 16:30 horas de 21 de junio del 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: *Quebradores H y E de Orosí, S.A.* contra *Inversiones Juan León García, S.A.* Árbitros: Lic. Roberto Yglesias Mora, Lic. Fernando Bolaños Céspedes y Lic. Álvaro Lara Vargas. Laudo Firme.

84 V. Laudo arbitral. p.29.

85 V. Lacruz Berdejo, José Luis. *et.al.* (1994). *Op. Cit.* pp. 258-259.

86 *Ibidem.* p.259.

87 Díez Picazo, Luis; citado en el Laudo Arbitral #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio del 2006. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). Partes: *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina, Ltda.*; citado anteriormente. p.34.

establecimiento de la cláusula penal.<sup>88</sup> Suponen una indemnización por el incumplimiento, y no impiden que se reclame la ejecución forzosa de la obligación.

En un artículo reciente, el autor Jesús Alfaro Águila-Real, resaltó la tendencia legislativa internacional, que pugna por establecer el *valor confirmatorio* de la entrega de las arras en los negocios jurídicos. Entendiéndose las mismas como confirmatorias, salvo pacto expreso de las partes en contrario.<sup>89</sup>

Acerca del valor de las arras en los actos prenegociales, como en el caso de la opción o la promesa recíproca de compraventa<sup>90</sup>, la Sala Primera de la Corte ha expresado:

a) *“VII. (...) La opción de venta puede ser gratuita u onerosa. En la primera, el promitente se obliga a mantener su oferta en firme y su compromiso de celebrar el contrato futuro durante el plazo previsto, sin recibir nada a cambio. En la opción onerosa, el optante ha pagado una suma de dinero al oferente para obtener la promesa de venta, estableciéndose así prestaciones recíprocas de ambas partes. (...) la suma dada como anticipo o adelanto debe quedar en manos del oferente en caso de no ser aceptada la opción en el plazo*

*convenido, pero si es aceptada, se estima como parte del precio. Empero, si las partes nada han acordado al respecto, el oferente debe devolver el dinero recibido como señal de trato en caso de no realizarse el contrato definitivo, según lo establecido por el artículo 1058 del Código Civil.”*<sup>91</sup>

b) *“(...) La promesa recíproca de compraventa entraña una relación contractual un poco más compleja. (...) en este caso ambos sujetos ofrecen en forma recíproca llevarla a cabo, en donde uno promete vender en un precio determinado y el otro promete comprar en ese precio, durante un plazo determinado. En este caso, la aceptación de cualquiera de las dos partes precontratantes perfecciona el contrato definitivo, sea la compraventa con todas sus consecuencias jurídicas. (...) la diferencia entre la figura prenegocial y el negocio definitivo de compraventa es el acuerdo definitivo de cosa y precio manifestado, precisamente, en la aceptación de los optantes.”*<sup>92</sup>

En el proceso arbitral planteado por el señor **Juan Carlos Castro González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda.**<sup>93</sup>, las partes suscribieron una promesa “obligatoria, recíproca e irrevocable”, de compraventa de un condominio específico.

88 *Ibidem*. En este mismo sentido, V. O’Callaghan, Xavier. *Op. Cit.* p.348.

89 Alfaro Águila-Real, Jesús. (2007). *Los juristas-españoles- y el análisis económico del derecho. InDret. Revista para el análisis del Derecho.* (417) (pp. 2-13). Enero. Barcelona, España, p.9.

90 Al respecto de la asimilación de las figuras precontractuales con el contrato principal al que se dirigen, V. Casafont Romero, Pablo (1968). *Ensayos de Derecho Contractual. “El valor jurídico de los actos pre negociales”*. San José, Costa Rica. pp. 228 y sig.

91 Sala Primera de la CSJ, N° 202, de las 14:20 horas del 30 de abril de 1999. En este mismo sentido, V. sentencia N°125, de las 16:15 horas del 31 de enero de 2001.

92 *Ibidem*. V. también sentencia de la antigua Sala de Casación Civil, N° 83, de las 16 horas del 28 de julio de 1965. V. concepto de la “prima” en sentencia de la Sala Primera, N° 989, de las 16:20 horas del 7 de agosto de 2002.

93 Laudo arbitral #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio de 2006. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). V. cita anterior de este laudo.

La desarrolladora del proyecto de condominios, le comunicó al actor que existía una imposibilidad para entregarle su apartamento en el plazo acordado y con las medidas pactadas originalmente. Le informó que las mismas tendrían que ser aumentadas, y por ende, también el precio de compra del inmueble.

El actor decidió demandar a la desarrolladora por incumplimiento contractual, y por los daños y perjuicios causados. La demandada alegó que el contrato suscrito era una “opción de venta de un bien futuro”, en el que el comprador debía asumir el riesgo, pues el producto era inexistente al momento de contratar.

Para el momento en que se presentó el conflicto entre las partes, el actor ya había cancelado varias sumas de dinero a la demandada por concepto de *reservación* del apartamento, *adelanto de la prima* y pago de la *prima completa*.

El tribunal arbitral, consideró que el acuerdo suscrito por las partes configuró una *compraventa de cosa futura*, según la define el artículo 441 del Código de Comercio costarricense. De esta forma, los árbitros expusieron:

*“(...) como excepción al principio consensualista contractual de perfeccionamiento, se trata de una compraventa de cosa futura sujeta a la condición de existir. Así lo reconoce el numeral 441 del Código de Comercio, que relaciona: (...) “En la compraventa de cosa futura determinada, el contrato quedará*

*subordinado a la existencia del objeto. Si la cosa no llegare a existir, el contrato quedará resuelto sin responsabilidad para ninguno de los contratantes. Si ya se hubiere pagado el precio o parte de él, estará obligado el vendedor a devolver la suma recibida; a menos que de su parte hubiere culpa, dolo o negligencia, en cuyo caso respondería también por los daños y perjuicios causados.” De acuerdo con lo pactado, la accionada se comprometió a que, para la fecha del cierre y/o su prórroga, la filial resultante deberá estar debidamente individualizada e inscrita como finca filial en el Registro Público de la Propiedad, con las especificaciones señaladas en el acuerdo (...).” “Está claro que el contrato en discusión, al momento de su firma, era de compraventa de cosa futura, artículos 2,31,34,35,42, todos de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; 411, 438, 441, 447, todos del Código de Comercio; 627, 1008, 1022, y 1025, todos del Código Civil, pero con la salvedad de que estaba sujeto a la existencia del objeto(...).”<sup>94</sup>*

El tribunal arbitral dispuso que el anticipo o prima entregada en el caso, formaba parte del precio del contrato; según lo dispuesto en el artículo 447 del Código de Comercio. Y en el laudo continuó exponiendo:

*“XIII. (...) Si se está en presencia, como en efecto ocurre, de una compraventa mercantil de cosa futura, la prima o el anticipo en el caso concreto es parte del precio (art. 447 del Código de Comercio). (...) se estableció, de una parte,*

---

94 Laudo arbitral, pp.36-37.

*la obligación de la demandada de reunir fincas, afectar el inmueble a condominio, individualizar la filial, construirla y traspasarla, con la cual la existencia del objeto adquiere especial relevancia, (art. 441 del Código de Comercio) (...) y de otra, del actor, de pagar el precio en la forma y condiciones pactadas. (...) se determina para la demandada una obligación de hacer (...) y para el actor, dos obligaciones: la prima y el pago del saldo. (...) La prima, formada por pagos sucesivos hasta completar \$14.660.00 dólares no es otra cosa que el adelanto del precio y el saldo, debía ser pagado el día de la fecha de cierre o su prórroga (...) en caso de que el actor no pudiere pagar el precio por no obtener financiamiento bancario, la demandada devolvería la prima recibida menos la deducción del 5% por gastos administrativos.”<sup>95</sup>*

El tribunal arbitral consideró que, tanto la legislación mercantil como la civil contemplan el surgimiento del contrato a la vida jurídica, con la existencia de la cosa. Si la cosa no llega a existir, el contrato quedaría resuelto sin responsabilidad adicional de las partes; con la salvedad de que el vendedor deberá restituir el precio recibido y, pagar daños y perjuicios si incurrió en dolo, culpa o negligencia.<sup>96</sup>

Asimismo, el tribunal arbitral coincidió con el criterio del artículo 1058 del Código Civil, que sigue la solución de las *arras confirmatorias*; entendidas como un adelanto por cuenta del precio y como ratificación del contrato.<sup>97</sup>

Consecuentemente, el tribunal arbitral declaró la *resolución contractual por incumplimiento grave* de la demandada, por no entregar a tiempo el condominio y por impedir al actor cumplir con el resto del precio. Concedió el pago de daños y perjuicios, según lo estipulado por la cláusula penal pactada por las partes.

En el arbitraje de **Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.** contra la señora **Joan Demyen**<sup>98</sup>, la primera era propietaria de dos fincas en Guanacaste, las cuales se comprometió a vender a la segunda. Para formalizar lo anterior, las mismas suscribieron una *opción de compra*.

El 6 de julio de 2004, la señora Demyen entregó a la actora una suma determinada, por concepto de resarcimiento por daños y perjuicios, en caso de que no se llegara a realizar la compraventa definitiva de las fincas. Un mes después, la misma depositó a favor de la actora, una suma para completar el 10% del precio definitivo de compra.<sup>99</sup>

La empresa Residencias Valle vendió una de las dos fincas en cuestión, el 22 de setiembre de 2004. Meses después, reunió la finca restante con otras, las segregó y vendió posteriormente. Solicitó que se declarara ineficaz la opción de compra suscrita con la señora Demyen, pues había operado el plazo de caducidad al no requerir la formalización de la compra, resolviéndose el contrato “de pleno derecho”.<sup>100</sup>

95 *Ibidem.* pp.37-38.

96 *Ibidem.*

97 Cfr. Sala Primera de la CSJ, N° 608, de las 16:20 horas del 7 de agosto de 2002; citada por el Laudo Arbitral, p. 36.

98 Laudo arbitral CCA#01-AR-01-01-05, de las 12:00 hrs del 20 de octubre de 2005. Partes: *Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.* contra *Joan Demyen*. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Tribunal Arbitral de *derecho*. Árbitros: Licda. Damaris Ulate Ramírez (Presidente), Lic. Luis Echeverri Trujillo y Dr. Luis Baudrit Carrillo. Laudo Firme.

99 Laudo arbitral. Relación de Hechos Probados. Considerando II, pp.10-12.

100 Laudo arbitral, pp. 4-5.



En cuanto a las sumas entregadas por la demandada a la actora, por concepto de “adelantos” del precio de venta, el tribunal arbitral hizo el siguiente análisis:

*“(...) En ese documento (la promesa recíproca de compraventa) también se expresó que se entregaba la suma de veinticinco mil dólares “como depósito de garantía y como parte del precio” y que dentro del mes siguiente la señora Demyen pagaría la suma de cuarenta y cinco mil dólares, “completándose así un diez por ciento del valor de la venta del presente contrato” (...) Esto podría dar origen a pensar que las partes hubieran convenido en un contrato de compraventa, directamente, en vez de haber formalizado uno de opción recíproca de compraventa, ya que se aludió a precio y a venta. Esta hipótesis debe desecharse porque en esa misma cláusula se estipuló que “Si por razones imputables a la compradora ésta no completase la transacción de compraventa en la fecha pactada dicho dinero permanecerá en manos de la futura vendedora a manera de resarcir los daños y perjuicios”. Esto último aclara la naturaleza de los adelantos de dinero convenidos. Aunque no se dijo así expresamente, en caso de que se llegase a celebrar el contrato de compraventa, esas sumas se entenderían pagadas como abono al precio de la compraventa. Si, por el contrario, no se llegare a celebrar dicho contrato, las cantidades de dinero recibidas quedarían en poder de Corporación Residencias Valle (...) a título de indemnización por daños y perjuicios. No lleva*

*razón la parte demandada al calificar esas sumas de dinero como “arras confirmatorias”. (...) No se trató, por tanto, de arras confirmatorias, sino de arras penitenciales que le permitirían a la parte interesada incumplir con su compromiso sin otra consecuencia jurídica que la pérdida de las cantidades de dinero entregadas, que quedarían en beneficio de la otra parte, a título de indemnización (...) Considerando V. Del pago efectuado inicialmente por la futura compradora. (...) ¿A título de qué fue hecho este pago de veinticinco mil dólares? (...) constituyeron un abono al precio de la compraventa, en el evento de que llegara a formalizarse debidamente, y, a la vez, constituyeron una señal de trato o arras penitenciales que, en caso de que la señora Demyen no ejercitase oportunamente su derecho a adquirir, tal suma de dinero quedaría en poder de Corporación (...)”<sup>101</sup>*

El laudo arbitral estableció que el derecho de la demandada para hacer efectiva la opción de compra, había caducado. Los árbitros aplicaron el artículo 1055 del Código Civil, que dispone que si el cumplimiento de la promesa de venta y/o la recíproca de compra-venta, no es demandada dentro de un mes contado desde que es exigible, caduca el derecho.<sup>102</sup>

En cuanto a las sumas entregadas anticipadamente por la demandada, los árbitros consideraron que debían entenderse como *arras penitenciales*; las cuales acarrear su pérdida para quien las entregó, si no se formaliza el negocio.

101 Laudo arbitral, pp.13-20.

102 Laudo arbitral, Considerando X. El Plazo de Caducidad de la Opción. pp.33-34. V. también, Sala Primera de la CSJ, Nº 125, de las 16:15 horas del 31 de enero de 2001, sobre el plazo de caducidad en la opción de compra.

## VI. El daño moral derivado del incumplimiento contractual y el reconocimiento del daño moral objetivo en la persona jurídica.

El incumplimiento contractual puede producir dos categorías de daños indemnizables o resarcibles: el daño material y el daño moral.<sup>103</sup>

Asimismo, se ha distinguido entre el *daño moral subjetivo*, que ataca la parte afectiva del patrimonio moral (p.e. dolor, soledad, tristeza); y el *daño moral objetivo*, que afecta la parte social del patrimonio moral (p.e. el honor, la reputación).<sup>104</sup>

Nuestros tribunales judiciales han destacado que el daño moral se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo; pero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre el *daño moral subjetivo* y el *daño moral objetivo*.<sup>105</sup>

Algunos afirman que el daño moral contractual es “una especie no habitual”.<sup>106</sup> Se ha establecido que, para que el daño moral derivado de un incumplimiento negocial sea reconocido, tiene que ser de una envergadura particular. Siendo esta la razón por la que debe ser probado.<sup>107</sup>

En general, el tema del daño moral objetivo, y el daño moral reclamado por una persona jurídica, han tenido un tratamiento restrictivo por parte de las salas de casación costarricenses.<sup>108</sup> Por el contrario, el reconocimiento de esta clase de daños es más habitual en la doctrina y jurisprudencia arbitral internacional.<sup>109</sup>

El artículo 7.4.2. de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, sintetiza los rubros que debe comprender la reparación integral del daño ocurrido en caso de incumplimiento contractual:

103 Baudrit Carrillo, Diego. (2000). *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato. Op. Cit.* pp.96-97.

104 Mosset Iturraspe, Jorge. (1982). *Responsabilidad por Daños*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora. p.150; citado por el Laudo Arbitral # CCA 27-AR-09-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinaelf Costa Rica, S.A.* Tribunal unipersonal de derecho. Árbitro: Licda. Xenia Alfaro Mena. Laudo firme. V. Sala Primera de la CSJ, N° 720, de las 15:40 horas del 27 de setiembre de 2006, que declaró sin lugar el recurso de nulidad planteado por el actor.

105 Tribunal Primero Civil, N° 206, de las 7:45 horas del 12 de febrero de 1999.

106 Brebbia, Roberto; citado por el Laudo Arbitral # CCA 27-AR-09-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA) de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinaelf Costa Rica, S.A.* Op. Cit. p. 27.

107 *Ibidem*.

108 Sobre el resarcimientos de daños y perjuicios en la jurisprudencia judicial, V. Sala Primera de la CSJ, N°112, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992. Sobre el daño moral en general, V. Sala Primera, N° 102 de las 10:30 horas del 30 de setiembre de 1996; N° 106 del 21 de noviembre de 1997; N° 49 de las 15:30 horas del 22 de mayo de 1987; N°360 del 3 de mayo del 2002; N° 801 de las 11:10 horas del 18 de octubre de 2002; N° 665 de las 10:40 horas del 24 de agosto de 2001; N° 879 de las 15:40 horas del 22 de noviembre del 2000. V. antigua Sala de Casación Civil, sentencia N°25, de las 15: 00 horas del 26 de marzo de 1969 y N° 7 de las 15:30 horas del 15 de enero de 1970.

109 El autor Phillipe le Tourneau, menciona varios casos en los que la jurisprudencia francesa acepta el llamado “perjuicio moral” o “*prejudice morale*.” Se refiere a los “atentados” que sufren las personas morales o jurídicas (*personne morale*) en su reputación, incluyendo: la difamación, la indemnización de “pérdida de atractivo” -notablemente comercial, aclara el autor- y las lesiones a la “personalidad” o “identidad” de la persona moral –en el sentido “social” del término V. Tourneau, Phillipe le. (2006). *Droit de la responsabilité et des Contrats*. 6.ed. París, Francia: Editions Dalloz. pp.402-403.

*“Artículo 7.4.2. Reparación integral. (1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.”*

En cuanto a la demostración del daño moral objetivo, en el caso de las personas jurídicas, son importantes las consideraciones contenidas en el laudo arbitral dictado en el caso de **Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societè Generale de Surveillance Holding, S.A.**<sup>110</sup>; que se citan a continuación:

*“b) Daño Moral. Las actoras reclaman daño moral directo causado a su prestigio empresarial (...) Tal extremo petitorio debe ser rechazado. Se trataría de un supuesto de daño moral objetivo en que como lo señala la jurisprudencia, si es necesario probar —al menos— el hecho generador y los elementos que dan base para la cuantificación de lo reclamado. Esta ha admitido la posibilidad de daño moral como resultado de un incumplimiento contractual, lo mismo que la*

*posibilidad de que una persona jurídica pueda sufrir daño moral. (...) tal daño moral puede ser subjetivo u objetivo. El primero es el llamado de afección y sólo pueden reclamarlo las personas físicas; el objetivo, en cambio, tiene que ver con la reputación y puede referirse tanto a personas físicas como a jurídicas. En el caso del objetivo, sí se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial. Reiteradamente, la Sala ha manifestado que incluso en el caso de una condenatoria en abstracto, la demostración de la existencia de los daños y perjuicios es insoslayable. (...) No basta, por lo tanto, con alegarlo o protestarlo.”*<sup>111</sup>

En el proceso arbitral de **Shell de Costa Rica, S.A. contra Color Visión, S.A.**,<sup>112</sup> las partes suscribieron un contrato de arrendamiento de ciertas aéreas de un local comercial de la empresa Shell, para la instalación de vallas publicitarias.

La demandada, no gestionó ni obtuvo los permisos municipales debidos, de acuerdo con lo pactado. Consecuentemente, la Municipalidad clausuró las obras y suspendió temporalmente la licencia comercial y patente de Shell. Esta última, solicitó el reconocimiento del *daño moral* ocasionado a la empresa a raíz de estos eventos.

110 Laudo Arbitral del Tribunal *Ad Hoc*, de las 15:00 horas del 30 de abril de 2001. Caso de *Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A.* contra *SGS Societè Generale de Surveillance Holding, S.A.* Tribunal Arbitral *ad hoc*, de *derecho*. Árbitros: Lic. Víctor Pérez Vargas, Lic. Enrique Castillo Barrantes y Lic. Sergio Artavia Barrantes. Laudo Firme. Los recursos de nulidad interpuestos por la actora y la demandada, fueron declarados sin lugar. V. Sala Primera de la CSJ, N° 766, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.

111 Laudo arbitral. *Op. Cit.* p.22.

112 Laudo Arbitral # CCA 07-AR-04-06-01, de las 10:00 horas del 5 de Julio de 2002. Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA). Caso de *Shell de Costa Rica, S.A.* contra *Color Visión, S.A.* Tribunal de *derecho*. Árbitros: Lic. Fernando Mora Rojas, Lic. Hernando París y el Lic. Rafael Valle Guzmán (Presidente). Laudo Firme. V. Sala Primera de la CSJ, N°47, de las 9:47 horas del 31 de enero de 2003, que declaró sin lugar el recurso de nulidad planteado por la demandada.

El tribunal arbitral determinó que hubo graves consecuencias en la imagen comercial de la empresa actora, debido al incumplimiento de las obligaciones de la demandada; y concluyó lo siguiente en el laudo respectivo:

*“XIII. Se consideran causalmente derivados del incumplimiento contractual por parte de Color Visión, los siguientes daños y perjuicios (...) c) el daño moral, consistente en la afectación a la imagen empresarial (...) los cuales la actora valoró en doscientos mil dólares, y éste Tribunal estima prudencialmente en la suma de setenta y cinco mil dólares (...) Es indudable el daño moral sufrido por Shell con motivo del cierre de la Estación y los “sellos” municipales de clausura, que generaron sin lugar a dudas una percepción negativa de la empresa frente a sus clientes actuales y potenciales, así como publicaciones en medios de prensa (...) Este daño moral objetivo, fue debidamente acreditado (...) Color Visión no tenía rótulos que indicaran que las obras eran suyas, y por el contrario, los hechos negativos se atribuyeron a Shell, identificándose como incumplidora de la ley y de las ordenanzas municipales, afectándole en consecuencia en su buen nombre empresarial.”*<sup>113</sup>

Analizado anteriormente, el caso del **Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social**<sup>114</sup>, también tocó este tema. El

ICIC reclamó el “daño a la imagen” generado en los medios de comunicación, ante ciertas publicaciones referentes a la suspensión del contrato que lo vinculaba con la CCSS. Al resolver esta pretensión, el tribunal arbitral expuso:

*“B) (...) Las consecuencias prácticas de adoptar el criterio resarcitorio de la indemnización del daño moral, entre otras son las siguientes: (...) Alfredo Orgaz en su obra “El Daño Resarcible” (...) afirma lo siguiente: “Las personas colectivas o jurídicas, que carecen de toda subjetividad no pueden, como es obvio, sufrir ningún daño moral que consista en molestia a la seguridad personal, en el goce de sus bienes o que hiera sus afecciones legítimas, pero pueden experimentar otros perjuicios morales, compatibles con su naturaleza, y pretender la reparación consiguiente (...) Vázquez Ferreyra, afirma que (...) aunque una persona jurídica no pueda afectarse anímicamente, (...) si puede sufrir un daño moral cuando se le lesiona un interés extrapatrimonial. (...) este tribunal llega a la convicción de que los daños sufridos por el ICIC, tienen como causa directa e inmediata los actos achacados (...) son efectivos, al punto que han podido ser cuantificados por el señor perito (...) y son individualizables respecto de una persona que los ha sufrido como lo es la aquí actora. (...) La divulgación por los distintos medios de la suspensión del contrato, y la misma actitud de la CCSS de no combatir la información que se*

113 Laudo arbitral, Considerando XIII. Punto c). pp.32-33.

114 Laudo arbitral #CCA 05-AR-02-03-00, de las 9:30 horas del 1 de noviembre de 2000. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. V. cita anterior del laudo.

*divulgaba (...) ocasionó un daño a la imagen de la actora que repercutió en su clientela y por ende en los ingresos esperados por aquella.(...) se lesionó la imagen del ICIC (...) la clientela es un bien, y ese bien fue afectado no solo por la pérdida de imagen de la actora, sino también por la imposibilidad material de llevar adelante los estudios con los pacientes de la CCSS (...)*.<sup>115</sup>

Por otra parte, la figura del daño moral subjetivo derivado del incumplimiento contractual, fue analizado de forma interesante en el caso de **Juan Carlos González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda.**<sup>116</sup>, comentado anteriormente. El laudo arbitral condenó a la demandada al pago de daños y perjuicios, estableciendo que estos se encontraban comprendidos en la cláusula penal pactada por las partes.

Según explicó el tribunal arbitral, la cláusula penal *“sustituye la indemnización por daños y perjuicios, toda vez que se han tasado con anticipación. Así lo reconoce, no solo la legislación costarricense, sino también la doctrina”*.<sup>117</sup>

Llama la atención que a pesar de lo anterior, el tribunal arbitral decidió conceder una suma adicional a la indemnización fijada por la cláusula penal, por concepto de daño moral

subjetivo. Este daño, habría sido ocasionado en el “proyecto de vida” del actor, al no recibir una unidad de condominio en el tiempo y forma pactados. Al respecto, dispuso el tribunal:

*“XVII. Daño Moral. El actor, (...) estructura el daño moral sobre la privación de un proyecto de suma importancia en la constitución de una familia, cual es el hecho de contar con una vivienda propia (...) El daño moral, en realidad, no constituye un título para hacer indemnizable cualquier inquietud o perturbación del espíritu o de la intimidad de la persona, por lo que no tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños y perjuicios materiales, sino mitigar el dolor o la herida de los principios más estrechamente ligados a la dignidad de la persona (...) El sufrimiento no es indispensable para que exista daño moral, aunque sí una manifestación, (...) supone la privación o disminución de los bienes que tienen valor fundamental en la vida (...) para fijar su quantum, no se recurre a criterios matemáticos sino que el Tribunal debe valorar los intereses extrapatrimoniales comprometidos.(...) este Tribunal determina que en el caso del actor, el adquirir vivienda es un acto de consumo y el incumplimiento total y absoluto (...) es resarcible como tal y conforme a la cláusula penal establecida. Ahora bien, el actor advierte que el hecho dañoso ha influido en su proyecto de vida (...)*

115 Laudo arbitral, *Op. Cit.* pp.21-25. En el caso, la actora solicitó el reconocimiento del daño moral, así como el lucro cesante por la pérdida de posibles contratos con otras empresas. Los árbitros concedieron el pago de una suma global, que cubrió ambos extremos.

116 Laudo Arbitral # 05-0054-AR/CICA, del 12 de julio del 2006. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); citado anteriormente.

117 Laudo arbitral. pp-50-51. Cfr. con artículo 708 del Código Civil y 427 del Código de Comercio costarricenses.

con lo cual se determina al menos, algunos síntomas de afección (...) Pero como se trata de daño moral contractual, ha quedado claro el nexa causal de imputación y provocado por la sociedad accionada, este Tribunal considera que otorgar un daño de esta naturaleza y consecuencia de un contrato, ha de ser muy estrictos en la consideración de la legitimación, la acreditación de las circunstancias y como no se ha determinado con exactitud la influencia de ese dolor-sufrimiento ni la intensidad en los derechos de la personalidad y fundamentales del actor (...) el Tribunal está en libertad de valorar y cuantificar el daño moral (...) considera prudente, entonces, establecer a favor del actor, la suma de Cinco mil dólares”.<sup>118</sup>

### VII. La pérdida de oportunidad o *pérdida del chance*.

La doctrina y la jurisprudencia francesa, han desarrollado el concepto de *perte d'une chance* o “pérdida de una oportunidad”, como una categoría de daño indemnizable. Esta figura comprende tanto los menoscabos de naturaleza *patrimonial* (p.e. la pérdida de las oportunidades de devengar un lucro

o de economizar ciertos costos), como *extrapatrimonial* (p.e. la pérdida de las oportunidades de supervivencia,<sup>119</sup> o de evitar una afectación de la salud).<sup>120</sup>

El autor Javier Tamayo, explica que el daño en la “pérdida de una oportunidad” consiste “no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos. (...) entonces se produce un daño que debe ser indemnizado, y cuya evaluación se hará teniendo en cuenta el número de probabilidades que tenía el actor de haber conseguido la ganancia.”<sup>121</sup>

En síntesis, el Lic. Torrealba indica que los elementos a partir de los cuales se construye el concepto de la “pérdida de oportunidad” son: a.) La preexistencia de una oportunidad objetiva y seria; b.) La existencia de un componente aleatorio; y c.) La interrupción del desenvolvimiento causal normal.<sup>122</sup>

El artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT, se refiere a la “pérdida de la oportunidad” bajo el título de “Certeza del Daño”, o *Certainty of Harm*. El artículo permite la compensación del

118 Laudo arbitral, pp.51-54.

119 Ziviz, Patricia. *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, en Responsabilità Civile e Previdenza. Rivista bimestrale di doctrina, giurisprudenza e legislazione. Directa da Giovanni Iudica-Ugo Carnevali. Milano, Giuffrè Editore, Vol. LXIII, N° 3, 1998, pp. 705-727. Citada por Torrealba Navas, Federico. La pérdida de oportunidad o “chance”. Artículo inédito.

120 Torrealba Navas, Federico. La pérdida de oportunidad o “chance”. *Op. Cit.*

121 *Ibidem*. El autor cita a: Tamayo, Javier (1999). De la Responsabilidad Civil. De los Perjuicios y su Indemnización. Tomo IV. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, pp.32-35.

122 *Ibidem*. Para Torrealba, en el caso de la pérdida de la oportunidad existen circunstancias reales que permitían anticipar, con anterioridad al evento dañoso, el desarrollo de acontecimientos favorable al sujeto afectado. Sin embargo, indica, existen también un número de “variables indeterminadas que podrían haber tenido incidencia negativa sobre la realización de la oportunidad”. Se presenta la interrupción del “curso causal normal de los acontecimientos”, por causa de un hecho imputable al responsable. Para efectos indemnizatorios se calcula la “probabilidad de la materialización de la oportunidad”, de acuerdo con dicho curso ordinario de los acontecimientos.

“daño futuro”, cuando pueda establecerse con un “grado razonable de certeza”. Reconoce la “pérdida de una expectativa, en proporción a la probabilidad de que acontezca”.<sup>123</sup>

La ley costarricense, no regula la compensación del daño en proporción a la probabilidad de su ocurrencia.<sup>124</sup> La posición tradicional de la jurisprudencia judicial ha sido que “tanto los daños como los perjuicios tienen que ser ciertos y consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, lo que impide indemnizar una cadena de daños que no se conformen con esta exigencia.”<sup>125</sup>

En nuestro país, la doctrina de la pérdida de la oportunidad o *chance*, fue introducida y desarrollada por nuestros tribunales arbitrales. La Sala Primera de la Corte ha tocado el tema en algunas ocasiones<sup>126</sup>, y ha llegado a avalar la aplicación de esta figura mediante la confirmación de ciertos laudos arbitrales.

Uno de estos casos, es el del laudo arbitral de **Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra Société Generale de Surveillance Holding, S.A. (SGS)**.<sup>127</sup> Las partes firmaron una carta de intenciones, según la cual aportarían su experiencia para cumplir todos los aspectos relacionados con la licitación impulsada por el Gobierno, para la operación exclusiva de los centros de revisión técnica vehicular.

Las empresas Autochic y SGS, presentaron conjuntamente su oferta. Al dictarse el acto de adjudicación, el porcentaje de experiencia asignado al consorcio no contempló algunos detalles importantes. Por lo que, Autochic instó a SGS a apelar la adjudicación. Sin embargo, ésta última decidió retirarse del proceso licitatorio.

Las actoras del proceso arbitral, pretendieron el reconocimiento de la “pérdida de inversión” para participar en el concurso; así como los

---

123 El autor Pierre Mayer, citó el Artículo 7.4.3. entre los que han tenido un éxito especial en su aplicación por parte de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI. V. Mayer, Pierre. *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice*. En: Cámara de Comercio Internacional (CCI). (2002) International Court of Arbitration Bulletin. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on their use in international arbitration. París, Francia: Editorial ICC Publishing, S.A. p.107. Sobre la aplicación de este principio, V. Pérez Vargas, Víctor (2002). *La Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio (...)*. Op. Cit. p.143; y McLaren, Rosemarie (2003). *Los Principios de UNIDROIT (...)* Op. Cit. p.118.

124 V. Pérez Víctor y Pérez Daniel (2006). *The UNIDROIT Principles (...)* Op. Cit. p. 181.

125 Baudrit Carrillo, Diego. (2006). *El interés indemnizable por incumplimiento, en general, y en especial, en los contratos bilaterales con ocasión de la declaratoria de la resolución*. *Revista Iustitia*. N° 240, Año (20). (pp. 22-26). p. 23.

126 V. sentencias de la Sala Primera de la CSJ, N°79, de las 15:20 horas del 30 de noviembre de 1993; N° 61, de las 15:20 horas del 23 de julio de 1997; N° 28, de las 15:00 horas del 6 de marzo de 1996; y N° 766, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.

127 Laudo arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, de *derecho*; de las 15:00 horas del 30 de abril de 2001. Ver cita anterior de este laudo.

perjuicios, consistentes en las “ganancias dejadas de percibir” con motivo del incumplimiento de SGS. El tribunal arbitral consideró que las “ganancias” reclamadas eran *inciertas* y, por lo tanto, constituían meramente la *pérdida de un chance*.<sup>128</sup>

Citamos a continuación, un extracto del fundamento del tribunal arbitral que concedió la “pérdida de oportunidad” en el caso referido. En general, este pronunciamiento es de gran importancia doctrinal para el estudio del tema:

*“i. Pérdida de oportunidades (o pérdida de “chance”). Las actoras reclaman también perjuicios consistentes en las ganancias dejadas de percibir con motivo del incumplimiento (...) el Tribunal no comparte la tesis de las actoras de que por perjuicios debe entenderse toda la posible utilidad que se hubiera obtenido en caso de ganarse la licitación y en caso de darse cumplimiento efectivo a los términos de ésta durante el plazo de vigencia del contrato con el Estado. La pretensión relativa a las ganancias dejadas de percibir es admisible, pero no en el monto pretendido, pues lo que realmente se lesionó fue el “chance” de ganar la licitación y el “chance” de obtener beneficios trabajando durante varios años en el proyecto conjunto. Lo anterior faculta al tribunal para que (...) ordene la reparación de la lesión a la probabilidad, bajo la calificación de “chance”, lo cual supone una valoración diferente a la realizada por el*

*perito (...) el Tribunal se inclina por conceder como perjuicios, con razonamiento propio, lo que en doctrina y jurisprudencia extranjera se denomina pérdida de oportunidades o de “chance”, constituida por la lesión cierta y actual a la probabilidad de una ventaja futura. (...) Con esta expresión, la doctrina y jurisprudencia extranjeras (...) han individualizado la existencia de un rubro indemnizable. Son ventajas o pérdidas cuya producción no dependía exclusivamente del comportamiento del otro sujeto, por estar asimismo sometidas a un riesgo que genera posibilidades a favor y en contra. (...) La probabilidad en este caso es doble: la posibilidad de ganar la licitación y la probabilidad posterior de obtener el beneficio económico proyectado. La lesión a una probabilidad jamás puede equipararse a la totalidad de las ventajas dejadas de percibir, por cuanto éstas dependen de muchos otros factores, incluso muchos ajenos a las partes. (...) la conducta referida sí causó una lesión a lo que se ha denominado “chance” o sea a la probabilidad de ganar.”<sup>129</sup>*

El laudo arbitral citado, ha sido considerado como un precedente muy importante en el desarrollo del sistema de resarcimiento de daños en la jurisprudencia arbitral costarricense.<sup>130</sup> El Lic. Federico Torrealba, resaltó como este laudo admitió “el carácter indemnizable de la oportunidad de devengar un lucro”.<sup>131</sup>

128 Pérez Víctor; y Pérez Daniel (2006). *The UNIDROIT Principles (...) Op. Cit.* p. 181. V. Laudo arbitral, p.1.

129 Laudo arbitral, punto i) Pérdida de oportunidades (o pérdida de chance), pp. 23-24.

130 Así lo expusieron a nivel internacional, los autores Víctor y Daniel Pérez. En: (2006). *The UNIDROIT Principles (...) Op. Cit.* p.183.

131 Torrealba Navas. La pérdida de oportunidad o “chance”. *Op. Cit.*



Finalmente, el laudo arbitral expuso algunas otras consideraciones con relación a la apreciación de la “pérdida de un *chance*” en un caso específico, de esta forma:

*“La doctrina ha desarrollado el concepto de pérdida de una oportunidad (perte d’une chance) (...) La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar, puesto que el menoscabo de la oportunidad sí es algo cierto, y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. (...) No podemos desconocer que quien posea la oportunidad de obtener un beneficio está en una situación más óptima que aquel que carece de ella. (...) de allí que la supresión de esa posibilidad, daña o perjudica al que sufra su pérdida. (...) Esta doctrina se ha aplicado en diversos casos de concursos de distinta índole. Entre los ejemplos que se citan están: la frustración de la posibilidad de un caballo de participar en una carrera (...) de un concursante para la obtención de una beca al ser eliminado ilícitamente, (...) de ganar un premio artístico por culpa de un tercero (...)”*<sup>132</sup>

En el caso anterior, los árbitros expusieron que el concepto de “pérdida de oportunidad” tiene una manifestación *actual*, consistente en la frustración de la oportunidad misma; que se asemeja al concepto tradicional de “daño”. Además, tiene un aspecto de pérdida de *posibilidad futura*, semejante a los “perjuicios” tradicionales.<sup>133</sup>

Para establecer la indemnización por este concepto, el tribunal arbitral analizó variables como el “riesgo de la adjudicación”, el “riesgo de empresa” y el “término medio o medida promedio”. El denominado “término medio” sería la justa medida entre las pruebas, lo pretendido por las partes y sus proyecciones iniciales; de acuerdo con los artículos 11 y 1023 del Código Civil.<sup>134</sup>

Ambas partes interpusieron un recurso de nulidad contra el laudo arbitral. Alegaron que fueron los propios árbitros quienes implementaron la figura de la “pérdida del *chance*”, sin que ellas lo hubieran solicitado; e intentaron desvirtuar el procedimiento escogido para establecer su monto. La Sala Primera de la Corte confirmó el laudo. El siguiente es un extracto del análisis que hizo la Sala:

“XII. En el primer motivo, aún cuando la demandada lo califica como “violación al principio del contradictorio” y la Sala en uso del principio del *iura novit curia* lo considera como una típica incongruencia, la censura se dirige a señalar la existencia de una indemnización ajena a las pretensiones de las actoras, fuera del objeto del proceso. Esto porque, según se indica, el laudo se apartó de la naturaleza y consecuencias de la resolución contractual e incluso de lo solicitado, pues en ningún momento las actoras formularon el tema de la pérdida de oportunidad de ganar la licitación ni tampoco de la probabilidad posterior de

---

132 Laudo arbitral, p. 25.

133 *Ibidem*.

134 Laudo arbitral, pp. 33-34.

obtener el resultado proyectado(...)Para la Sala los criterios utilizados por el Tribunal Arbitral para establecer el quantum de la indemnización no necesariamente debieron ser solicitados por las actoras, son criterios derivados de la lógica, de la experiencia, de la ponderación racional de una serie de factores para arribar a un monto ajustado a lo pedido y lo negado. Para llegar a esa valoración por parte del Tribunal Arbitral las partes participaron en el contradictorio, por eso no puede señalarse la infracción a este principio, pues desde el inicio del proceso afirmaron y negaron, probaron y contraprobaron (...) sobre el tema de la responsabilidad y la indemnización económica. Como lo alegado es la falta de indicación de las actoras de los criterios utilizados por el Tribunal ello en sí mismo no constituye la causal de incongruencia, pues lo contrario significaría aceptar el razonamiento absurdo de que al fallar en el laudo solo se podría aceptar la responsabilidad absoluta, como lo pretende la actora (...) o ningún tipo de responsabilidad como sería la pretensión de la demanda. La justa ponderación entre lo pretendido por una parte y también lo pretendido por la otra, atendiendo a las circunstancias propias en las cuales se desarrolló una relación contractual (...) es una tarea natural de todos los órganos judiciales, o extrajudiciales, encargados de fijar una indemnización, y esos criterios no son suministrados por las partes sino considerados por los jueces, atendiendo siempre a la búsqueda de una determinación

justa o lo más justa posible. Resulta evidente la falta de concordancia de las partes con el monto fijado, pues a unas les parece muy bajo y a la otra muy alto, pero esa es una típica aplicación de normas de fondo, de valoración de pruebas, de criterios racionales o lógicos, cuya determinación en ningún caso puede ocasionar el vicio de incongruencia pues se encuentra dentro de los parámetros de discusión de las partes, de los hechos involucrados en el proceso, de la gravedad del perjuicio, en fin de una serie de factores cuya ponderación siempre deben cumplir los juzgadores.”<sup>135</sup>

En el proceso de arbitraje interpuesto por el **Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social**<sup>136</sup>, el ICIC solicitó el reconocimiento del *lucro cesante* o *costo de oportunidad*, como consecuencia del daño a la imagen sufrido y la consecuente pérdida de su clientela. Al respecto, el tribunal arbitral resolvió:

*“La actora cobra como daño moral, el daño a su imagen, pero a su vez reclama el perjuicio (...) derivado de una pérdida de clientela, ...”nos referimos a todos los contratos o beneficios económicos que el ICIC dejó de percibir durante los 19 meses que no pudo operar dentro de la Caja por estar suspendido el contrato, debido a la decisión ilegítima de ese ente público y sus funcionarios.”<sup>137</sup>(...) La divulgación por los*

---

135 Sala Primera de la CSJ, N° 766 de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001. La Sala Primera avaló el fundamento jurídico de la figura de la “pérdida del chance” y el método para establecer su cálculo, desarrollados por el tribunal arbitral en este caso.

136 Laudo arbitral #CCA05-AR-02-03-00, de las 9:30 horas del 1 de noviembre de 2000. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. V. cita anterior del laudo.

137 Laudo arbitral, p. 24

*distintos medios de la suspensión del contrato (...) ocasionó un daño a la imagen de la actora que repercutió en su clientela y por ende en los ingresos esperados por aquella (...) como pudo comprobarse por el señor perito con el análisis histórico de sus ingresos y su comparación con los esperados en el período durante el cual estuvo suspendida por decisión unilateral de la CCSS la ejecución del contrato (...) no solo se perdieron los contratos en ejecución (daño directo) sino también no se concretaron los contratos potenciales propios del giro de dicha sociedad (...)*<sup>138</sup>

#### **VIII. La culpa concurrente en la responsabilidad civil.**

La jurisprudencia de la antigua Sala de Casación Civil estableció que la *culpa concurrente* presuponía la falta recíproca entre quien causa el daño y quien lo recibe.<sup>139</sup> Para que la misma se configure, “se han de compartir responsabilidades en torno al hecho dañoso”; según ha dispuesto la Sala Primera.<sup>140</sup> En materia de responsabilidad civil, lo anterior significa que cada autor debe cargar con la culpa que le corresponde.<sup>141</sup>

De interés para el análisis de este tema, encontramos el laudo arbitral de **E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados contra Hotel Fiesta de Playa, S.A.**<sup>142</sup> Las partes suscribieron un contrato de servicios profesionales, para que los Contadores procedieran a certificar los daños sufridos por el Hotel, a raíz de un fenómeno natural.

El Hotel pretendía hacer el cobro de una póliza con el Instituto Nacional de Seguros (INS); para lo cual debía presentar cierta documentación en un tiempo determinado. El INS rechazó unas certificaciones contables presentadas; entonces el Hotel procedió a contratar otra firma de contadores para esta labor.

Consecuentemente, el demandado solicitó a los anteriores contadores la resolución del contrato y la devolución de un anticipo de pago. Los actores plantearon un proceso arbitral en contra de éste, por incumplimiento contractual. En relación con el incumplimiento alegado, el tribunal arbitral resolvió lo siguiente:

*“B. Sobre el supuesto incumplimiento parcial y tardío. (...) Al no ser esencial el plazo de entrega de las certificaciones y no habiendo*

138 *Ibidem*. pp.25-26.

139 V. Sala de Casación Civil, N° 33, de las 9:30 horas del 9 de abril de 1953. Citada por Pérez Vargas, Víctor (1977). *Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. (...) Op. Cit.* p.203.

140 Sala Primera de la CSJ, N° 636, de las 11:00 horas del 6 de setiembre del 2006. V. también, sentencias: N° 422, de las 8:20 horas del 23 de junio de 2005; N° 4, de las 15:00 horas del 6 de enero de 1995, y N° 99 de las 16:10 horas del 27 de octubre de 1999.

141 Cfr. Sala Primera de la CJS, N° 4, de las 15:00 horas del 6 de enero de 1995. La aplicación de esta figura proviene del artículo 105 del Código Penal costarricense, el cual se refiere a la “Reparación disminuida por culpa de la víctima” y estipula que, “cuando la víctima haya contribuido por su propia falta a la producción del daño, el Juez podrá reducir equitativamente el monto de la reparación civil.”

142 Laudo arbitral #CCA15 AR07-08-02, de las 17:00 horas del 1 de junio de 2003. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: *E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados contra Hotel Fiesta de Playa, S.A.* Tribunal arbitral de derecho. Árbitros: Dr. Rodrigo Barahona Israel, Dr. Sergio Artavia Barrantes y Dr. Víctor Pérez Vargas (Presidente). Laudo Firme. El demandado planteó un recurso de nulidad, el cual fue declarado sin lugar. V. Sala Primera de la CSJ, N° 407, de las 10:45 horas del 16 de julio de 2003.

*pedido la demandada la subsanación de los vicios apuntados por el INS (...) era de esperar que el contratante previniera a la actora la subsanación de los defectos apuntados (...) y no simplemente dar por terminado el contrato y contratar a otro profesional (...) Ciertamente es criticable la posición de ambas partes, y por eso, como se verá, el tribunal se inclina por reconocer la existencia de una culpa concurrente en los hechos y los incumplimientos.”<sup>143</sup>*

El tribunal arbitral analizó si el incumplimiento de los contadores, justificaba el rompimiento del contrato por parte del Hotel, o si este rompimiento fue injustificado y abusivo. Transcribimos parte de las consideraciones hechas en el laudo arbitral, al respecto:

*“D. El deber de cooperación y buena fe. (...) En los contratos de prestaciones recíprocas, como el que unió a los contratantes, las partes deben dar cumplimiento al principio de buena fe y en especial al deber de cooperación (...) Se trata de realizar comportamientos instrumentalmente indispensables para la realización de la obligación principal (...) El deber de cooperación es uno de los principios de la Lex Mercatoria, que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. (...) La Corte de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que “cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar” (Laudo N. 2291, cit.p. DERAINS,*

*Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Morales, Madrid, 1985, p. 57) (...) D. El derecho potestativo de terminación del contrato. En la cláusula sexta del contrato las partes convinieron “Cualquier incumplimiento de alguna de las partes del presente contrato, dará derecho a la otra para dar por terminado este Contrato sin responsabilidad de ninguna índole de su parte y proceder al reclamo de los y perjuicios correspondientes”. La doctrina ha reconocido lo que se denomina “derecho potestativo de receso”(V. MESSINEO, Francesco, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, III, Giuffrè, ed. Milano, 1959, p. 640 y Revista Judicial N. 34, p. 143 y ss). En este caso, el derecho de receso tenía límites fijados en el contrato y en la ley. No podía ser cualquier incumplimiento (...) era necesario, por así exigirlo la buena fe y la doctrina legal, que el incumplimiento fuera grave, abusivo y que causara un daño efectivo o realmente temido, o bien, que los defectos atribuidos a la certificación no se pudieran subsanar (...) El derecho potestativo de receso no fue ejercitado por Hotel Fiesta dentro de esos límites, sino de modo abusivo (...) Ese rompimiento es inexcusable (...) ciertamente las dos certificaciones iniciales habían sido rechazadas por el I.N.S., pero nada impedía que de buena fe y por el principio de cooperación, el Hotel Fiesta comunicara tal circunstancia a la actora, para que esta procediera a subsanar los defectos apuntados (...) La demandada optó por la sanción más grave, como era romper el contrato (...).”<sup>144</sup>*

---

143 Laudo arbitral. Considerandos de Fondo.

144 *Ibidem*.

Así las cosas, el tribunal arbitral concluyó en la parte dispositiva del laudo: *“Por considerarse que hay una responsabilidad concurrente (...) el Tribunal determina que la indemnización debe fijarse en un 50% de lo que podría corresponderle (...) de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte número 99 de las 16:10 horas del 27 de octubre de 1999.”*<sup>145</sup>

Otro caso analizado fue el de la **Municipalidad de Curridabat contra Asfaltos Nacionales, S.A. (ANASA)**.<sup>146</sup> La Municipalidad promovió una licitación restringida con el objetivo de contratar una empresa para carpetear una vía; la cual fue adjudicada a la empresa ANASA.

La Municipalidad alegó que ANASA no colocó la capa asfáltica con el espesor y calidad pactados. Por lo tanto, la primera no recibió la obra concluida, ni autorizó pago alguno a la segunda. ANASA solicitó el pago de la obra, más los respectivos intereses.

Los árbitros determinaron, que el cartel de licitación estableció un área a carpetear de una extensión determinada. Sin embargo, al iniciarse la obra, se determinó que el área real era otra. Esta situación nueva, surgida en el proceso constructivo, significó un incremento en el costo de la obra.<sup>147</sup>

El tribunal arbitral estimó que en las obras de ingeniería *“cuando se trabaja con planos de proyectos, se entiende que por su naturaleza de proyecto y no de obra terminada, se trata de una propuesta que está sujeta a cambios.”*<sup>148</sup> Los árbitros resolvieron el conflicto así:

*“(...) la Municipalidad de Curridabat, debió a la hora de planear la licitación, dejar una partida presupuestaria para hacerle frente financieramente a cualquier cambio adicional, que se conoce como obra extra (...) Para solucionar la situación expuesta, los profesionales de ambas partes y participantes en la ejecución de la cosa contratada, acordaron, sin que mediara documento por escrito, sino más bien verbalmente, una reducción en el espesor de la capa (...) En ningún momento la empresa Contratista realizó los cambios de manera unilateral, siempre la Administración tuvo conocimiento (...) por lo tanto existe una responsabilidad compartida en cuanto a la no documentación de los cambios propuestos y al desconocimiento que se hizo de las normas elementales que rigen los cambios en las obras (...) por lo tanto las consecuencias de esta conducta deben ser de responsabilidad compartida. (...) debe inexorablemente reflejarse en la parte patrimonial de las partes. Por un lado, el no pago de una obra finalizada, representa para la*

145 *Ibidem*. V. análisis de la aplicación de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional en este laudo arbitral, en: Pérez, Víctor y Pérez, Daniel. (2006). *The UNIDROIT Principles (...)*. Op. Cit., pp.183-185.

146 Laudo arbitral #ARB-135-12-04, de las 10:00 horas del 2 de diciembre del 2005. Partes: *Municipalidad de Curridabat contra Asfaltos Nacionales, S. A.* Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Tribunal arbitral *de equidad*. Árbitros: Ing. Miguel Somarriba Salazar (Presidente), Ing. Max Sittenfeld Roger, e Ing. Leonel Centeno Madrigal. Laudo Firme.

147 Laudo arbitral. Considerando III. Sobre el fondo. a) Objeto de la contratación, p.5.

148 *Ibidem*.

*Administración un enriquecimiento sin causa, que a todas luces es improcedente (...) ni la Administración puede disfrutar de un servicio u obra sin pagarla y ni el contratista debe lucrar en un contrato en el cual fue corresponsable en el manejo inapropiado de los procedimientos. En tal sentido este Tribunal Arbitral de Equidad, dentro de su ámbito o sentido de equidad y justicia debe declarar, que la Municipalidad (...) debe cancelar el monto del contrato a la Empresa Asfaltos (...) menos un diez por ciento del monto del contrato (...).*<sup>149</sup>

Es interesante la forma en que el tribunal arbitral quiso reflejar en la condenatoria, la existencia de una culpa concurrente de las partes. En uso de sus facultades como tribunal de equidad, condenó a la actora al pago de la obra “rebajándole” un 10% del monto del contrato, debido a la culpa de la demandada. Así, ambas partes percibieron una afectación.

De forma similar, se resolvió el arbitraje establecido por la **Agrupación de Empresas Marshall y Asociados, S.A., P y P Construcciones, y Montajes Técnicos de Escazú, S.A. contra Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. (RECOPE)**.<sup>150</sup>

RECOPE, adjudicó al consorcio de empresas mencionadas *supra*, una licitación pública que tenía por objeto la construcción del proyecto para la modernización de la Refinería de Moín, en Limón. Se presentaron diferencias entre las partes, específicamente con relación al pago del alquiler de una maquinaria específica.

El tribunal arbitral consideró que existía una “culpa concurrente” en el caso en cuestión, situación que debía acarrear una sanción económica para ambas partes; y expuso en el laudo lo siguiente:

*“vii. (...) estima el Tribunal que la situación que origina este reclamo se produce por una especie de “culpa concurrente” de las partes; consideramos que ambas partes, por diversas razones, actuaron de una manera que podemos calificar como “poco diligente”. La aquí actora tenía el derecho de llevar esa bomba al sitio de las obras si la consideraba necesaria pero, abusó de su derecho al mantenerla ociosa, durante un lapso de tiempo tan extenso (...) pagando y ahora reclamando su compensación, un alquiler por suma bastante considerable. La Administración, conocedora de que esa bomba estaba en el sitio de las*

149 V. Laudo arbitral, pp.6-9.

150 Laudo arbitral #ARB008-02, de las 17:00 horas del 15 de marzo del 2005. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: *Agrupación de Empresas Marshall Asociados, S.A., P y P Construcciones y Montajes Técnicos de Escazú, S.A. contra Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. (RECOPE)*. Tribunal arbitral de derecho. Árbitros: Lic. Alejandro Delgado Faith (Presidente), Dr. Roberto Yglesias Mora, y Lic. José Gerardo Riba Bazo. Laudo Firme.

*obras (...) debió diligentemente resolver lo que impedía el inicio de los trabajos o, en su defecto, prevenir a las contratistas para que devolvieran aquel equipo. Así las cosas, lo que en nuestro criterio procede (...) es que las partes, por haber contribuido ambas con su negligencia a que esta situación se produjera, asuman y compartan los efectos económicos que de ella se derivaron, en concreto, que el monto total de ese alquiler pagado (...) lo cubran por partes iguales la actora y RECOPE.*<sup>151</sup>

### **IX. La Excepción de Contrato No Cumplido, o non adimpleti contractus.**

En el ámbito contractual, cuando alguna de las partes incumple sus obligaciones, se “faculta” a la otra para dejar de cumplir las suyas; invocando la “excepción de contrato no cumplido”, o *exceptio non adimpleti contractus*. En los convenios sinalagmáticos, donde existen prestaciones recíprocas, este “derecho optativo” nace del Artículo 692 de nuestro Código Civil.<sup>152</sup>

El Dr. Diego Baudrit explica que, existe una suspensión culposa del contrato cuando una de las partes incumple, y la otra deja de cumplir sus respectivas obligaciones motivada por la primera inexecución.<sup>153</sup> Nuestra Sala Primera, ha establecido que el único requisito para oponer la mencionada excepción, es el cumplimiento de quien la interpone.<sup>154</sup>

La aplicación de esta excepción, no está limitada al caso de que se exija el cumplimiento forzoso de la obligación (como lo establecía la antigua Sala de Casación Civil); sino que puede oponerse en caso de petición de la resolución contractual. Es una defensa *de hecho*, propiamente de falta de derecho; según lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala Primera.<sup>155</sup>

Por ejemplo, en el caso de la empresa **Atrium Developments, S.A. contra Residencias del Caribe, S.A.**,<sup>156</sup> el tribunal arbitral acogió la “excepción de contrato no cumplido” opuesta por la demandada, y dispuso:

151 Laudo arbitral, pp.34-36.

152 V. Casafont Romero, Pablo (1968). Ensayos de Derecho Contractual. La Acción Resolutoria y la Excepción de Contrato no cumplido en la Legislación Costarricense. Op. Cit. p. 71. V. artículos 692, 1072, 1085 y 1089 del Código Civil; y 425, 457 y 463 del Código de Comercio, costarricenses. Casafont citó las siguientes sentencias de la antigua Sala de Casación Civil, por su respaldo doctrinal al tema de la “excepción de contrato no cumplido”: Sentencia de las 14:30 horas del 9 de octubre de 1956, de las 15:30 horas del 14 de setiembre de 1954, y de las 15:40 horas del 22 de enero de 1917.

153 Baudrit Carrillo, Diego. (2000). Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato. Op. Cit. p.105.

154 V. Sala Primera de la CSJ, N° 655, de las 15:30 horas del 10 de agosto de 2004. V. también sentencias N°566 de las 16:15 horas del 27 de julio del 2001; N° 314, de las 11: 25 horas del 4 de junio de 2003; N° 266, de las 11 horas del 14 de mayo de 2003; N°540, de las 11:00 horas del 3 de setiembre de 2003; y N° 80, de las 15:30 horas del 30 de noviembre de 1993.

155 V. Sala Primera de la CSJ, N°540, de las 11:00 horas del 3 de setiembre de 2003.

156 Laudo Arbitral #ARB82-07-04, de las 14:00 horas del 15 de noviembre de 2005. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica; citado anteriormente.

*“E. (...) este Tribunal declara que la actora no cumplió con la obligación esencial de elaborar planos adecuados para ser utilizados en la construcción (...) la pretensión de la actora (...) es improcedente en Derecho, acogiéndose la excepción opuesta por la parte demandada de Non Adimpleti Contractus, de conformidad con los artículos 692 del Código Civil y 425 del Código de Comercio, por ser evidente el incumplimiento de la actora debido a la deficiente calidad de los planos elaborados para la demandada.”<sup>157</sup>*

Por el contrario, en el arbitraje establecido por el señor **Hanzel Rodríguez Vargas** contra la empresa **Totalfinaelf Costa Rica, S.A.**,<sup>158</sup> el Árbitro denegó la excepción opuesta y concluyó lo siguiente:

*“IV. Non adimpleti contractus: (...) parte de la existencia de un contrato con prestaciones recíprocas, en el que se ha producido un incumplimiento (...) producto de la conducta y voluntad contrarias a la realización de la prestación debida tendiente a frustrar la finalidad del contrato. (...) En el caso de marras, no ha existido ese incumplimiento por parte del actor. Su voluntad y conducta fueron*

*encaminadas a la realización de la prestación (...) Fue a vista, paciencia y tolerancia de la demandada y con conocimiento pleno de esos actos, que el actor continuaba realizando promoción del gas (...) por lo que la excepción formulada debe declararse sin lugar, ya que la empresa demandada no probó haber cumplido con sus obligaciones contractuales.”<sup>159</sup>*

El laudo arbitral dictado en el proceso de la empresa **Line P y G Italian, S.A. contra Frío Club, S.A.**,<sup>160</sup> también negó la procedencia de la excepción; porque la parte que la alegó no probó el cumplimiento de sus obligaciones:

*“2. (...) el principal incumplimiento acusado es el no pago del arrendamiento mensual pactado en el contrato y la no devolución de la maquinaria arrendada (...) el pago del precio es sin duda la obligación más esencial del arrendatario (...) su incumplimiento sin duda da lugar a la resolución del contrato junto con el pago de las obligaciones pecuniarias pendientes y la devolución de los bienes (...) La parte demandada no justificó dicho impago ni alegó una excepción de non adimpleti contractus o similar, por lo que se llega a la conclusión inequívoca de que el demandado no probó el pago.”<sup>161</sup>*

---

157 V. Laudo arbitral. pp.36-37.

158 Laudo arbitral #CCA27-AR.09-03-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2005. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: **Hanzel Rodríguez Vargas** contra **Totalfinaelf Costa Rica, S.A.** Ver cita anterior del laudo.

159 Laudo arbitral, pp.20-22.

160 Laudo Arbitral #CCA02-AR 02-01-05, de las 15:00 horas del 27 de setiembre de 2005. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Ver cita anterior del laudo.

161 Laudo arbitral. pp.12-14.



X. La condena al pago de costas en los procesos arbitrales costarricenses.

Finalmente, analizaremos algunos pronunciamientos de nuestros tribunales arbitrales, con relación al pago de las costas. Se ha afirmado que, aparte del resultado final del proceso de arbitraje y del tiempo que pueda requerirse para la conducción del mismo, existe otro aspecto del proceso que es muy importante para las partes: su costo.<sup>162</sup>

La *Ley RAC* dispone en su artículo 58, inciso g), que el laudo arbitral debe contener un pronunciamiento sobre el pago de ambas costas. En principio, su pago corresponde a la parte vencida en el proceso; según lo dispone el Código Procesal Civil.<sup>163</sup> Sin embargo, la Ley aclara que las partes pueden pactar otras condiciones.

La Ley costarricense divide las costas del proceso en *costas procesales* (p.e., los honorarios de los expertos y árbitros, el alquiler de salas para reunión) y *costas personales* (p.e., honorarios de los abogados litigantes, el reconocimiento del tiempo dedicado por las partes a la asistencia a las audiencias).<sup>164</sup>

En términos generales, las costas personales de un proceso de arbitraje ascienden aproximadamente, a un poco más de un 10% del monto total de la condenatoria o la estimación.<sup>165</sup> Las costas procesales

dependen del caso específico, ya sea de las disposiciones de las partes o del centro de arbitraje seleccionado; y son reguladas por tarifas oficiales.<sup>166</sup>

Algunas reglas aplicables al pago de costas en los arbitrajes *de derecho*, según indican los autores Lang y Torrealba, son:

Cuando el laudo es claramente favorable para una de las partes, el tribunal puede imponer a la otra parte la obligación de pagar las costas procesales y personales, sin necesidad de justificar dicha decisión.

Cuando el laudo es parcialmente favorable a una de las partes, el tribunal puede eximir a la otra parte del pago de estos gastos, completa o parcialmente.

Cuando la parte perdidosa ha litigado de buena fe, el tribunal puede eximir la del pago de costas; siempre y cuando justifique el criterio usado para atribuir la buena fe.<sup>167</sup>

En ocasiones, al declararse parcialmente con lugar la demanda, o al declararse con lugar algunas pretensiones de la demandada, el tribunal arbitral puede eximir del pago de costas personales a las partes; y ordenar que ambas cubran los gastos procesales por igual.<sup>168</sup> Lo anterior, con base en los artículos 222 del Código Procesal Civil y 69 de la *Ley RAC*.

162 Derains Yves y Schwartz, Eric (2005). *A guide to the ICC rules of Arbitration*. 2.ed. Holanda: Kluwer Law International. p.329.

163 V. artículo 221 de nuestro Código Procesal Civil. Cfr., con artículos 222 y 223, que establecen las excepciones a dicha regla.

164 Lang, Henry y Torrealba, Federico (2003). "Costa Rica". Capítulo 16. Global Legal Group, Ltd. *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2004. A practical insight to cross-border International Arbitration work*. Londres, Inglaterra: Publicado por Global Legal Group. Ltd. (pp.96-102). V. p.101. La traducción al idioma español es de la suscrita.

165 *Ibidem*.

166 V. por ejemplo, artículo 68 de la *Ley RAC*, sobre el cálculo de los honorarios de los árbitros.

El tribunal arbitral puede eximir del pago de costas, cuando se acredita la *buena fe* de las partes al litigar. Entonces, usualmente cada parte corre con sus gastos y cancelan por partes iguales los gastos administrativos del centro de arbitraje y/o los honorarios de los árbitros.<sup>169</sup>

De forma excepcional, ha ocurrido que las partes llegan a un arreglo extraprocesal en el transcurso de la tramitación del arbitraje. En estos casos, de conformidad con el artículo 63 de la *Ley RAC*, el acuerdo que resulte de la mediación, conciliación o transacción entre las partes, se registrará por el tribunal arbitral en forma de *laudo*.

En estos casos, las partes casi siempre han realizado el depósito de los gastos administrativos del centro de arbitraje, así como múltiples diligencias. Aunque el conflicto se finiquite, los gastos deben ser cubiertos; al menos en la parte proporcional a la etapa en la que concluyó el proceso arbitral.

Por ejemplo, en el caso de la compañía **Daniel Sancho & Cía., S.A. contra Inversiones Barbanza S.A.**, las partes llegaron a un acuerdo durante la fase de evacuación de la prueba en el proceso arbitral. El tribunal dictó un laudo “homologatorio”, en el que se dispuso:

*“Visto el acuerdo a que han llegado ambas partes y analizado el mismo procede a homologarse (...) D. En cuanto a honorarios arbitrales, ambas partes pagaran el cincuenta por ciento cada uno de su monto total ya fijado en autos (...) Cuarto: En cuanto al pago de honorarios periciales y arbitrales este Tribunal dispone lo siguiente: A los peritos (...) se le fijan sus honorarios en una tercera parte del monto fijado originalmente. Al arquitecto (...) se le fija el cincuenta por ciento de sus honorarios. Por concepto de honorarios arbitrales gírese la suma total depositada.”<sup>170</sup>*

De igual forma, en el proceso arbitral de **Dragados y Construcciones, S.A. contra Refinadora Costarricense de Petróleo S.A.**

167 Lang, Henry y Torrealba, Federico (2003). *Op. Cit.* p.101.

168 En este sentido, V. condenatorias en costas de los siguientes laudos arbitrales: a) Laudo Arbitral #CCA 27-AR-09-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinalf Costar Rica, S.A.* Tribunal Arbitral de derecho. Árbitro: Licda. Xenia Alfaro Mena.; y b) Laudo Arbitral #A-001-01 de las 16:30 horas del 21 de junio del 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC) del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Caso de *Quebradores H y E de Orosí, S.A.* contra *Inversiones Juan León García, S.A.* Árbitros: Lic. Roberto Iglesias Mora, Lic. Fernando Bolaños Céspedes y Lic. Álvaro Lara Vargas (Presidente).

169 V. Laudo Arbitral de las 12:00 del 11 de noviembre del 2005. Centro de Resolución de Conflictos, del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Caso de *Ph-C Ingenieros Consultores, S.A.* contra *Urbanizaciones del Poniente A.R., Ltda.* Arbitraje de equidad. Arbitro: Ing. Gerardo Castillo Rojas. Laudo firme.

170 Laudo Arbitral Homologatorio #AR 04-02, de las 12:00 horas del 13 de marzo del 2005. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Caso de *Daniel Sancho & Cía., S.A.* contra *Inversiones Barbanza S.A.* Árbitro: Dr. Roberto Yglesias Mora. Laudo Firme.

171 Laudo arbitral del Tribunal de derecho *ad hoc*, de las 12:00 horas del 16 de julio del 2002. *Dragados y Construcciones, S.A.* contra *Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE)*. Árbitros: Lic. Jorge E. Castro Bolaños (Presidente), Dr. Gonzalo Fajardo Salas, y Lic. Juan José Sobrado Chaves. Laudo firme.

**(RECOPE)**, las partes conciliaron. Se decidió que cancelaran los honorarios del secretario del tribunal y de los árbitros, por partes iguales.<sup>171</sup>

En el arbitraje planteado por la empresa constructora **Ingenieros de Centroamérica Ltda. (INDECA) contra el Castillo Country Club, S.A.**, las partes conciliaron más de un año después de haberse iniciado el proceso. El laudo arbitral resolvió lo siguiente:

*“Por Tanto: Con fundamento en el artículo 2 de la Ley RAC, y el artículo 1 del Reglamento del Centro, toda persona tiene derecho a resolver sus controversias de una manera pacífica y de conformidad con la mejor conveniencia para los intereses de ambas partes. En el presente proceso arbitral, ambas partes (...) llegaron a un acuerdo conciliatorio (...) Se readecuan los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos del Centro en dos terceras partes, debiendo el Centro realizar la devolución del remanente a la parte que corresponda.”*<sup>172</sup>

Por otra parte, en los arbitrajes en que se ha declarado la culpa concurrente de las partes, los tribunales han resuelto eximir las del pago de costas. De esta forma, se resolvió el caso de **E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados contra el Hotel Fiesta de Playa, S.A.**:<sup>173</sup>

*“4) Costas, gastos y honorarios del arbitraje. Tomando en cuenta la responsabilidad concurrente de ambas partes y el hecho de que ambas hayan litigado de buena fe (...) el Tribunal se inclina por exonerar de la condena en costas a ambas partes por ambas demandas.”*

Cuando las partes han pactado una cláusula arbitral y ésta define previamente cómo han de pagarse las costas, el respeto a la letra del acuerdo arbitral es estricto. Los tribunales arbitrales cumplen lo dispuesto por las partes, aunque no siempre concuerde con el reglamento del centro de arbitraje elegido, como veremos a continuación.

En el arbitraje establecido entre **Corporación Residencias Valle Gauthier del Pacífico, S.A. contra Joan Demyen**, las partes pactaron prescindir de la condenatoria en costas, por lo que el tribunal resolvió:

*“Considerando XVIII: Costas. (...) según consta en el documento suscrito entre las partes (...) los costos del arbitraje corresponderá pagarlos a ambas partes en una proporción de un cincuenta por ciento cada una, sin que el laudo pueda dictar condenatoria en costas”. La recíproca renuncia, anticipada, a una condenatoria en costas, consentida por ambas partes (...) no permite establecer excepciones,*

172 Laudo Arbitral ARB #112-10-04. Resolución #11, de las 9:00 horas del 30 de mayo del 2006. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: **Ingenieros de Centroamérica Ltda. (INDECA) contra el Castillo Country Club, S.A.** Árbitro: Lic. Ricardo Vargas Hidalgo. Laudo Firme.

173 Laudo Arbitral #CCA 15 AR 07-08-02, de las 17:00 horas del 1 de junio del 2003. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. V. cita anterior de este laudo.

como lo pretende la sociedad actora. (...) "Por Tanto: (...) Se dicta este laudo sin condenatoria en costas personales ni procesales (...)"<sup>174</sup>

En uno de los procesos arbitrales establecidos por el consorcio **Alterra Partners de Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)**<sup>175</sup>, se condenó a la parte vencida al pago de la totalidad de las costas personales y procesales. Sin embargo, el contrato establecía que las costas procesales serían cubiertas por partes iguales.

Consecuentemente, la demandada impugnó la condenatoria en costas contenida en el laudo arbitral, en el recurso de nulidad respectivo. La Sala Primera declaró con lugar el recurso, con relación a este tema específico, indicando que:

"XIII. (...) Este acuerdo, sobre el pago de los honorarios de los árbitros, implica que se trata de materia excluida de arbitraje. El Tribunal Arbitral no podía, válidamente, pronunciarse sobre este tema, menos aún, contrariando los términos del convenio suscrito entre las partes, el cual configura la ley entre ellas. (...) se configura la

causal de nulidad prevista en el artículo 67 inciso c) de la Ley RAC. XIV. (...) se impone anular el laudo dictado (...) en cuanto ordena a la parte demanda a cancelarle a la sociedad actora las sumas (...) por la totalidad de los honorarios de los integrantes del Tribunal Arbitral."<sup>176</sup>

Por el contrario, las partes pueden establecer que los honorarios de los árbitros sean cubiertos totalmente, por la parte vencida. En el caso de la empresa **Urbasco S.A. contra Sociedad Los Reyes, S.A.**, el tribunal arbitral resolvió lo siguiente, tomando en cuenta que las partes ya habían depositado los gastos administrativos del centro de arbitraje:

"11. 2. Tal y como establece el acuerdo arbitral cada parte asumirá los costos de su representación (honorarios de abogados, asesores y perito); y los honorarios del árbitro tal y como lo establece el contrato de Obras en su cláusula undécima correrán a cargo de la parte perdedora en este caso Urbasco S.A.; para lo cual a petición de Los Reyes S.A. deberá reintegrarle el monto de depósito que esta hiciera en el Colegio Federado (...)"<sup>177</sup>

174 Laudo Arbitral #CCA01AR 01-01-05, de las 12:00 horas del 20 de octubre del 2005. Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA). pp.45-46. V. cita anterior de este laudo.

175 Laudo Arbitral #ARB 29-05, de las 12:15 horas del 2 de noviembre del 2005. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). V. cita anterior de este laudo.

176 V. Sala Primera de la CSJ, N°718 de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006. V. también Laudo Arbitral #CLAE 0001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005. Centro Latinoamericano Empresarial (CLAE). Caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC*. De igual forma, la Sala Primera anuló la condenatoria al pago de costas procesales, dispuesta en el laudo arbitral; pues la cláusula arbitral suscrita por las partes, preveía que dicha suma fuera cancelada por partes iguales. V. Sala Primera de la CSJ, N°717 de las 15:10 horas del 27 de setiembre del 2006.

177 Laudo Arbitral de fecha 14 de febrero del 2000. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Tribunal unipersonal de equidad. *Urbasco S.A. contra Sociedad Los Reyes, S.A.* Árbitro: Ing. Miguel Somarriba Salazar. Laudo firme.

En general, los procesos arbitrales dirimen conflictos de una cuantía significativa. Por esta razón, las partes y sus abogados deben tener en cuenta el cálculo de los gastos administrativos de los centros de arbitraje y los honorarios del tribunal, antes de iniciar un proceso de esta naturaleza.

Luego del análisis de varios laudos arbitrales, puede concluirse que existe una importante jurisprudencia arbitral en nuestro país. Se

han podido clasificar y estudiar diversos laudos por temas, lo que permite presentar una primera recopilación de pronunciamientos arbitrales costarricenses.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha comenzado a admitir algunos conceptos jurídicos y a avalar la aplicación de principios comerciales internacionales, mediante la confirmación de laudos arbitrales que poseen un contenido único y novedoso.<sup>178</sup>

---

178 Como detalle curioso, en una estadística elaborada por la suscrita, se obtuvieron los siguientes datos: En el período comprendido entre el año 2000 y el 2007, de 63 sentencias de la Sala Primera que resolvieron recursos de nulidad planteados contra laudos arbitrales, 42 declararon el recurso sin lugar (confirmando el laudo); 7 declararon el recurso parcialmente con lugar; y 14 lo declararon con lugar. Por lo que, un 66,66% de los laudos arbitrales impugnados, fueron confirmados por la Sala Primera.



# ASPECTOS LEGALES RELACIONADOS CON EL PARQUE NACIONAL ISLA DEL COCO, COSTA RICA

*María Virginia Cajiao*  
*Fundación MarViva, San José, Costa Rica;*  
*vicky.cajiao@marviva.net*

**Abstract: Legal aspects related to Cocos Island (Isla del Coco) National Park, Costa Rica.** Coco Island National Park was created by Executive Decree, which was then ratified by law and its marine area has been increased in the past years, also by means of Executive Decrees. It is one of the Costa Rican National Parks that integrate terrestrial, insular and marine area. All the legislation in force that refers to national parks in general, the regulations regarding natural resources and more specific stipulations for this National Park are applicable to this Marine Protected Area. Because of that, a review will be done of the actual regulations applicable for this National Park, taking as a starting point the general legislation and continuing with more particular stipulations considering the hierarchy legally recognized.

**Key words:** Legislation, Coco Island National Park, regulations on protected areas, scuba diving, snorkel, fisheries, mining, national parks.

Al ser la Isla del Coco designada en 1978 como un Parque Nacional, resulta importante hacer un repaso de los distintos eslabones que contiene la legislación ambiental de Costa Rica, que regula las áreas protegidas en general, los parques nacionales y más concretamente el Parque Nacional Isla del Coco.

Por ello, el objetivo de este artículo pretende resumir la legislación que hoy día establece prohibiciones, regula las actividades permitidas y delimita el área protegida estableciendo su zonificación y usos.

**Constitución Política de la República de Costa Rica:** La Constitución Política de la República de Costa Rica, aprobada el 7 de noviembre de 1949 establece en su artículo 5 que el territorio nacional está comprendido entre el mar Caribe, el Océano Pacífico y las Repúblicas de Nicaragua y Panamá. Además agrega que la Isla del Coco, situada en el Océano Pacífico, forma parte del territorio nacional.

En su artículo 6 indica que el Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes en su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el

subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios (así reformado por ley N° 5699 de 5 de junio de 1975).

Por otro lado, el artículo 50 establece el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Legitimándole a su vez para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. Le establece al Estado la obligación de garantizar, defender y preservar ese derecho.

Y finalmente el artículo 89 establece que 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.

**Convenios Internacionales:** En materia internacional existen varios tratados y convenios que Costa Rica ha aprobado y ratificado en materia de recursos marinos y costeros, varios de ellos aplican directamente a la Isla del Coco. Podemos citar los siguientes:

1. La Convención para la Protección de Flora y la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, firmada en Washington en 1940 y aprobada por Costa Rica mediante ley N° 3763 el 19 de noviembre de 1966.
2. La Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de las Ballenas, firmada en Washington el 2 de diciembre de 1946, y aprobada por Costa Rica mediante ley N° 6591 el 24 de julio de 1981.
3. La Convención sobre Humedales Internacionales como Hábitat de Aves Acuáticas, conocido como Convenio Ramsar, firmado en Irán en 1971, aprobado por Costa Rica mediante ley N° 7224 el 9 de abril de 1991.
4. El Convenio de Protección Patrimonial, Cultural y Natural, firmado en Francia en 1972 y aprobado mediante ley N° 5980 del 16 de noviembre de 1976, su objetivo es establecer un sistema eficaz de protección del patrimonio natural y cultural de valor excepcional organizado, y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural de una manera permanente y según métodos científicos y modernos. Bajo esta Convención se declara el Área de Conservación Isla del Coco como sitio de Patrimonio Mundial de la Humanidad por la UNESCO en 1997.
5. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), firmado en 1973 en Washington DC, aprobado mediante ley N° 5605 y ratificado el 22 de octubre de 1974. El objetivo de este Convenio es proteger ciertas especies en peligro de extinción de la explotación excesiva mediante un sistema de importación y exportación. Esta Convención regula no solamente el tráfico internacional de especies, sino además sus partes (por ejemplo la concha de Carey) y derivados o productos (ejemplo los huevos de la tortuga) que de ellas pueda extraerse.
6. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay, Jamaica en 1982, aprobado mediante ley N° 7291 y ratificado el 3 de agosto de 1992. Su objetivo es establecer un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional



y promueva los usos con fines pacíficos de los mismos, la utilización equitativa y eficiente de los recursos, su estudio, protección y preservación del medio marino y la conservación de los recursos vivos.

7. El Convenio sobre el control de movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación. (Convenio de Basilea), firmado el 22 de marzo de 1989, en Basilea, Suiza y aprobado mediante ley N° 7438 del 6 de octubre de 1994.
8. La Convención Marco de la Organización de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, firmado en New York el 13 de junio de 1992, y aprobado mediante ley N° 7414 el 13 de junio de 1994.
9. El Convenio sobre la Diversidad Biológica y sus Anexos 1 y 2, firmado en Río de Janeiro en 1992, y aprobado mediante ley N° 7416 el 30 de junio de 1994. El objetivo de este convenio es conservar 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 un acceso adecuado de los recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes.
10. Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas, firmada en Venezuela en 1996 y aprobada mediante ley N° 7906 del 24 de setiembre de 1999.

**Parques Nacionales:** Un parque nacional es un área con rasgos de carácter singular de interés nacional o internacional. Debe incluir muestras representativas de ecosistemas de significación nacional, mostrar poca eviden-

cia de la actividad humana, ofrecer importantes atractivos para los visitantes y tener capacidad para un uso recreativo y educativo en forma controlada.

El 17 de agosto de 1977, se promulgó en Costa Rica la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales N° 6084, la cual vino a regular sus usos y prohibiciones, en ese sentido el artículo 8 prohíbe a los visitantes: 1) Talar árboles y extraer plantas o cualquier otro tipo de productos forestales, 2) Cazar o capturar animales silvestres, recolectar o extraer cualquiera de sus productos o despojos, 3) Cazar tortugas marinas de cualquier especie; recolectar o extraer sus huevos o cualquier otro producto o despojo, 4) Rayar, marcar, manchar o provocar cualquier tipo de daño o deterioro a las plantas, los equipos o las instalaciones, 5) Pescar deportiva, artesanal o industrialmente, salvo el caso previsto en el artículo diez, 6) Recolectar o extraer corales, conchas, rocas o cualquier otro producto o desecho del mar, 7) Recolectar o extraer rocas, minerales, fósiles o cualquier otro producto geológico, 8) Portar armas de fuego, arpones y cualquier otro instrumento que pueda ser usado para cacería, 9) Introducir animales o plantas exóticas, 10) Pastorear y abrevar ganado o criar abejas, 11) Provocar cualquier tipo de contaminación ambiental, 12) Extraer piedras, arenas, grava o productos semejantes, 13) Dar de comer o beber a los animales, 14) Construir líneas de conducción eléctrica o telefónica, acueductos o carreteras o vías férreas, 15) Realizar cualquier tipo de actividad comercial, agrícola o industrial.”

Por otro lado establece que no se pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permiso para establecer otras instalaciones que las del Servicio.”

Por su parte el artículo 9 de la Ley del Servicio de Parques Nacionales indica: Quien contraviniera lo dispuesto en el artículo ocho, será expulsado inmediatamente del Parque Nacional y puesto a la orden de las autoridades judiciales correspondientes, por los empleados del Servicio de Parques Nacionales, quienes para ese efecto tendrán el carácter de autoridades de policía.

Además de estas disposiciones generales que deben ser respetadas en todos los Parques Nacionales, cada Parque Nacional debe contar con un Plan de Manejo que regule específicamente las actividades que se pueden permitir dentro de dicha área.

**Parque Nacional Isla del Coco:** En el año 1869, el Presidente Jesús Jiménez reclamó la isla como territorio nacional y durante el mandato de Rafael Oreamuno, mediante Acuerdo Ejecutivo 141, 21 de agosto de 1869 se tomó posesión de ella y por primera vez se enarboló la bandera de Costa Rica en la Isla del Coco. Más adelante, la Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949, cita la Isla del Coco como parte del territorio nacional. En 1978, el Presidente Rodrigo Carazo declara la Isla del Coco Parque Nacional, mediante la emisión del Decreto Ejecutivo N° 8748 -A, el cual fue ratificado posteriormente como Ley de la República, Ley N° 6794 del 09 de agosto de 1982.

El Parque Nacional Isla del Coco cuenta con un área terrestre de 24 km<sup>2</sup>, y con un área de ecosistemas marino protegidos de 1997 km<sup>2</sup> aproximadamente.

- Es declarado sitio de Patrimonio Mundial de la Humanidad por la UNESCO en 1997
- Es declarado como Isla Humedal de Importancia Internacional, sitio Ramsar en 1998.

- Es declarado sitio Patrimonio Histórico-Arquitectónico de Costa Rica en el 2002.

El Parque Nacional se amplió para proteger las comunidades pelágicas que visitan la isla, particularmente tiburones. Actualmente, la zona protegida del Parque, comprende una circunferencia hasta de 22,2 km alrededor de la isla.

De acuerdo al Reglamento para el Uso Público del Parque Nacional Isla del Coco, Decreto Ejecutivo N° 29537-MINAE del 20 de abril 2001; todo visitante que ingrese al Parque Nacional Isla del Coco, con fines turísticos, científicos u otros (emergencias, abastecimiento de agua), deberá cumplir con las disposiciones indicadas en el ese Reglamento, así como, con las directrices que emita el Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE) a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) y de la Dirección del Área de Conservación Marina Isla del Coco (ACMIC).

**Zonificación:** El Plan de Manejo y Desarrollo del Parque Nacional Isla del Coco, determina las siguientes zonas de uso: a) Zona restringida o de protección absoluta, b) Zona de uso público, c) Zona de recuperación de vida silvestre, d) Zona de amortiguamiento.

- a) Zona restringida o de protección absoluta:** El objetivo principal de esta zona es la conservación de la biodiversidad marina y terrestre; solamente se permitirán en ésta, actividades relacionadas con medidas de manejo esenciales para la protección. Ambiente terrestre: Se considera que toda la Isla es de protección absoluta, exceptuando los sitios de uso público, en razón de su inaccesibilidad fragilidad de suelos y ecosistemas vegetales. Cae bajo esta categoría el sistema insular

que gravita alrededor de la Isla. Ambiente marino: Esta conformado por el área marina, comprendida entre los 15 km alrededor de la Isla, exceptuando los sitios de uso público. Dentro de esta zona no se puede aceptar ningún tipo de extracción de recursos marinos, vivo o no ni actividad comercial, industrial o acuícola alguna, de conformidad con el artículo 8° de la Ley N° 6084, Ley de Parques Nacionales.

- b) Zona de uso público:** Son aquellos ambientes marinos y terrestres con diferentes grados de restricción de acuerdo con la naturaleza del ambiente, se permite el acceso al público. Ambiente terrestre: Se incluye dentro de esta zonificación los siguientes senderos: sendero Waffer-cascada Río Genio, sendero Waffer-Cerro Iglesias, sendero Waffer-Chatham y sendero Cavernas Gissler y las áreas verdes existente alrededor de las instalaciones administrativas de Waffer y Chatham. Ambientes marinos: Se incluye dentro de esta zonificación los siguientes sitios de buceo y de anclaje. Sitios de buceo: isla Manuelita (superficial y profundo), isla Cónica, Piedra Sucia, isla Cáscara, isla Pájara, punta Ulloa, Roca Sumergida, cabo Dampier, Dos Amigos I y II, Aleta de Tiburón, punta María y Bajo Alcyone. Para buceo nocturno se autorizan solamente: la sección somera de isla Manuelita, Silverado, Roca Vikingo y "Barco Hundido" localizado en bahía Waffer. Sitios de anclaje: Se definen como sitios de anclaje a utilizar por las diferentes embarcaciones las bahías de Chatham y Waffer, para lo cual deberán utilizar las boyas dispuestas para ese fin. La Administración del Parque Nacional Isla del Coco, podrá autorizar el anclaje en casos especiales, en otros sitios diferentes a los mencionados anteriormente.

- c) Zonas de recuperación de vida silvestre:** Esta zona cubre la totalidad de la Isla, se permitirá la manipulación especial del ambiente con el propósito de promover la recuperación científica, de especies de flora y fauna afectadas por la acción de las especies exóticas introducidas a la Isla del Coco.
- d) Zona de amortiguamiento:** Comprende la franja de 7,2 km entre el anillo de protección absoluta (15 km) y el límite de los 22,2 km que constituyen el mar territorial. Dentro de esta zona el único tipo de extracción de recursos pesquero que se permite será la pesca con línea o cuerda, según lo establece el Plan de Manejo y Desarrollo del Parque Nacional Isla del Coco, oficializado mediante el Decreto N° 23752-MIRENEM. (art. 9 reglamento de uso público).

**Las actividades permitidas en el Parque Nacional Isla del Coco:** La Ley Forestal vigente, Ley N° 7575 del 5 de febrero de 1996 en el artículo 18 establece que en el patrimonio natural, el Estado podrá realizar o autorizar labores de investigación, capacitación y ecoturismo, una vez aprobadas por el Ministro del Ambiente y Energía, quien definirá, cuando corresponda, la realización de evaluaciones del impacto ambiental, según lo establezca el reglamento de esta ley.

Para efectos de que se entienda por ecoturismo, el reglamento a la Ley Forestal la define como: aquella actividad que contribuye activamente a la conservación del patrimonio natural y cultural, incluye a las comunidades locales e indígenas en su planificación, desarrollo y explotación y contribuye a su bienestar. Interpreta el patrimonio natural y cultural del destino para los visitantes y se presta mejor a los viajeros independientes, así como a

los circuitos organizados para grupos de tamaño reducido.

**Actividades de buceo en la Isla del Coco:**

Según el Reglamento de uso público del Parque Nacional Isla del Coco, Decreto Ejecutivo N° 29537-MINAE del 20 de abril de 2001, permite y regula las actividades de buceo en la Isla del Coco. El artículo 10 establece que toda persona, grupo organizado y/o empresa turística, que desee realizar actividades de buceo en el Parque Nacional Isla del Coco, deberá contar con la autorización previa de la Administración del Parque y estar debidamente acreditado como buzo avanzado y certificado por una agencia de buceo, reconocida a nivel nacional e internacional.

El buceo se permitirá únicamente en las zonas y/o sitios autorizados en ese Reglamento. Para tal efecto, se entregará a las empresas turísticas y grupos organizados de buzos, un mapa que indicará la ubicación de los sitios y sus principales características, al momento de cancelar el derecho de buceo y obtener el permiso correspondiente (art. 12 reglamento de uso público).

Los sitios de buceo autorizados en el presente Reglamento, solamente podrán ser visitados tres veces durante el día (mañana, mediodía y tarde ) y una sola vez durante la noche (de 6:00 p.m. a 9:00 p.m.) por grupos no mayores a las once personas cada vez para un sitio dado, incluyendo el Dive master con el propósito de no interferir y/o alterar el hábitat de las especies marinas (art. 13 reglamento de uso público).

La práctica de snorkel, buceo a pulmón y/o natación, solo se podrá realizar en los sitios someros de isla Manuelita, bahía Chatham y bahía Waffer, cuando las condiciones climáticas los permitan y se efectuó acompañado de un

bote, lancha o panga, que indique la presencia de personas en el agua (art. 17 reglamento de uso público).

**Pesquería:** El reglamento de uso público del Parque Nacional Isla del Coco prohíbe todo tipo de pesca, sea ésta deportiva o comercial dentro del perímetro de las 12 millas náuticas o 22.22 kilómetros alrededor de la Isla del Coco. Igualmente, queda prohibida la extracción y caza de cualquier producto de origen marino o del territorio insular de la Isla del Coco dentro de los límites del Parque, excepto para fines de investigación y manejo del Área, debidamente justificada y aprobada por la Dirección del Área de Conservación. La extracción de especímenes propios del territorio insular de la Isla del Coco para fines de investigación o bioprospección, queda sujeta al previo cumplimiento de los requisitos contenidos en la normativa oficial de acceso a elementos de la biodiversidad (art. 21 del reglamento de uso público)

Las embarcaciones de cualquier tipo que sean sorprendidas dentro del perímetro Parque Nacional Isla del Coco, realizando actividades de cacería, pesca y/o extrayendo cualquier producto o despojo de origen marino, serán decomisadas conforme lo establece la legislación vigente, junto con las artes de pesca y/o caza, y productos marinos que se encontraren en la misma, y denunciados ante los tribunales de justicia y autoridades administrativas pertinentes (art. 22 del reglamento de uso público). La pesca, caza, extracción, manipuleo, acoso, y hostigamiento, de especies marinas y/o terrestres, (tiburones, rayas, mantas, tortugas, peces, langostas, estrellas de mar, corales, conchas, piedras, arena, etc.) queda prohibido a los visitantes, solamente se permitirá esta acción, cuando la misma se efectúe con fines científicos a los investigadores autorizados por la Dirección del

Área de Conservación Marina Isla del Coco (art. 28 del reglamento de uso público).

**Prohibiciones generales del reglamento de uso público:** Las embarcaciones de cualquier tipo que visiten el Parque Nacional Isla del Coco, no podrán mientras estén fondeadas y/o navegando en territorio del Parque Nacional, realizar actividades de mantenimiento y/o reparación, que generen desechos sólidos o líquidos contaminantes y/o que provoquen alteraciones al ambiente y sus especies, preparar o reparar equipo de pesca, helar, salar o destripar el producto pescado. (art. 27 del reglamento de uso público)

Dentro de la zona marítima del Parque Nacional Isla del Coco, no se permitirán actividades deportivas (excepto, el buceo autorizado), tales como: deslizamiento sobre el agua (jet esquí), surf, motos acuáticas, alas delta, paracaidismo acuático, vehículos aéreos de cualquier tipo, y el uso de vehículo de competencia o exhibición marina (art. 29 reglamento de uso público).

Queda totalmente prohibido para todos los visitantes que ingresen al Parque Nacional Isla del Coco, el marcaje de árboles, piedras, rocas y cualquier otro elemento, con nombres, iniciales, leyendas, letreros, etc. Así como la extracción de desechos o despojos de animales marinos o terrestres. Así mismo, no está permitido la portación y/o uso, de ningún tipo de arma (sean estas de fuego, blancas, aire comprimido o resorte, etc.) (arts. 33 y 34 del reglamento de uso público).

**Actividades mineras e hidrocarburos:** En el tema de exploración y explotación minera, el Código de Minería, Ley N° 6797 del 4 de octubre de 1982, prohíbe la explotación en áreas declaradas parques nacionales

o reservas biológicas. Y en el tema de exploración y explotación de hidrocarburos la Ley de hidrocarburos, Ley N° 7399 del 3 de mayo de 1994 establece en su artículo 26 que la exploración y la explotación de los hidrocarburos podrán llevarse a cabo en áreas silvestres protegidas, con excepción de los parques nacionales, las reservas biológicas y otras áreas del territorio nacional que gocen de protección absoluta, de conformidad con convenios internacionales, aprobados y ratificados por Costa Rica.

**Actividades de acceso a recursos genéticos:** Son reguladas mediante La Ley de Biodiversidad N° 7788 del 27 de mayo de 1998, la cual establece los requisitos y procedimientos en materia de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios. Esta Ley establece el régimen de propiedad de los recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad silvestre o domesticada a la vez que les da a estos bienes carácter de dominio público. El acceso a recursos genéticos tiene su reglamentación establecida en el Decreto N° 31514-MINAE, el cual es titulado "*Normas Generales para el acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad*".

Según el artículo 71 de la Ley de Biodiversidad, los requisitos para el acceso se determinarán en forma diferente para las investigaciones con y sin fines de comercio. La Oficina Técnica de la CONAGEBIO tiene en su haber formatos para la presentación de las solicitudes, documentos y demás requisitos que la Ley y las normas de acceso exigen en cuanto a este tema. Es importante recalcar que en el caso específico de este tipo de actividades en Parques Nacionales, se debe contar además de los requisitos exigidos normalmente, con el visto bueno y previo del Director del Área de Conservación respectiva.

**Sobre el fondeo de embarcaciones:** Según la Ley de Pesca y Acuicultura se permitirá a las embarcaciones permanecer en las áreas protegidas con porción marina o sin ella, en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, mientras duren tales situaciones. El MINAE y el INCOPESCA podrán autorizar, conjuntamente, el tránsito o fondeo de embarcaciones en áreas protegidas, cuando las condiciones naturales estrictamente lo requieran. Sin embargo, el Decreto 30838-MINAE del 6 de diciembre del 2002, sobre La prohibición para el ingreso y estadía de embarcaciones y vertido de sustancias o desechos contaminantes de los límites marinos protegidos del Parque Nacional Isla del Coco; en su artículo 1, establece la prohibición del ingreso y estadía de todo tipo de embarcaciones dentro de los límites marinos protegidos del Parque Nacional Marino Isla del Coco, que comprende una distancia de doce millas náuticas o 22.22 kilómetros alrededor de la Isla del Coco, medidos a partir de la línea de bajamar.

El artículo 2 exceptúa de esta prohibición de ingreso y estadía, a las embarcaciones del Sistema Nacional de Guardacostas, las pertenecientes a empresas dedicadas a actividades de turismo ecológico, que estén debidamente acreditadas ante la Dirección del Área de Conservación Marina Isla del Coco, siempre que cuenten con las reservaciones y permisos para realizar dichas actividades, las embarcaciones turísticas privadas que cuenten con la autorización de la Administración del Área; y las embarcaciones utilizadas en proyectos de investigación que hayan sido previamente aprobados por el Área de Conservación.

Dichas embarcaciones podrán fondearse solamente en los sitios que el Área haya dispuesto para ese fin, claramente identificados con boyas, quedando totalmente prohibido hacerlo en otros sitios.

A su vez permite el ingreso y estadía de aquellos navíos en los que ocurra alguna situación de emergencia calificada de conformidad con lo que dispone el Artículo 4° del presente Decreto, la cual será comprobada por la Administración del Parque Nacional Isla del Coco. De comprobarse la inexistencia de la emergencia, se ordenará la salida de la nave fuera de los límites marinos del Parque Nacional. Según el artículo 3 en los casos de excepción mencionados en el artículo anterior, sólo se permitirá la estadía de un máximo de dos embarcaciones por sitio de anclaje, para un total de seis embarcaciones por turno de anclaje de ocho horas por día, dentro de la Bahía de Chatham; ya que de conformidad con la capacidad de carga establecida para los sitios de anclaje definidos, se considera que esta cantidad es la capacidad máxima permisible dentro de condiciones de espacio y seguridad para la tripulación de dichas naves para garantizar la calidad ambiental del Área.

Se entiende por capacidad de carga de anclaje, la capacidad física, biológica y social máxima que permite la presencia de embarcaciones y su tripulación en un sitio o zona dada, sin afectar en forma negativa la calidad ambiental y/o la protección de los recursos marinos del Área.

Este reglamento califica las situaciones de emergencia como aquellos casos de evidente riesgo humano y las reparaciones electromecánicas urgentes. La autorización de anclaje en estos casos, será por un plazo máximo de ocho horas según el Reglamento de Uso Público del Área, previa solicitud oral o escrita, debidamente justificada ante la Administración del Parque.

**Las competencias administrativas:** Le corresponde al Ministerio del Ambiente y Energía a través del Área de Conservación Marina Isla

del Coco aplicar la legislación ambiental, e implementar las políticas nacionales y ejecutar las directrices del Consejo Regional, y al Ministerio de Seguridad Pública a través del Servicio Nacional de Guardacostas velar por el legítimo aprovechamiento y la protección de los recursos naturales existentes en las aguas marítimas jurisdiccionales y en las aguas interiores del Estado, según la legislación vigente, nacional e internacional. La vigilancia de la pesca en las áreas silvestres protegidas, como el Parque Nacional Isla del Coco le corresponde al MINAE, que podrá coordinar los operativos con el Servicio Nacional de Guardacostas.

**Sanciones:** La Ley de Pesca y Acuicultura, establece en su artículo 153 lo siguiente: Quien autorice o ejerza la actividad de pesca comercial o de pesca deportiva en las áreas silvestres protegidas indicadas en el primer párrafo del artículo 9 de esta Ley, se sancionará con multa de veinte a sesenta salarios base y la cancelación de la respectiva licencia. Si corresponde al funcionario público que autorizó el ejercicio de la pesca en estas áreas, se le aplicarán las sanciones disciplinarias, administrativas y penales respectivas, con respeto al debido proceso.

Además de los anterior, el juez también podrá imponer como pena accesorias:

a) la cancelación de la licencia, el permiso, la concesión o la autorización para ejercer la actividad por cuyo desempeño se cometió el delito, b) la clausura temporal o definitiva de la empresa por cuyo desempeño se cometió el delito, c) el incumplimiento del pago de la multa implicará el embargo de la embarcación respectiva ante el Registro Público (art. 156 de la Ley de Pesca y Acuicultura).

En conclusión, se puede decir que se ha desarrollado una buena cantidad de normativa, que regula y establece las líneas sobre las cuales se desenvuelven las actividades en el Parque. Esta normativa, busca proteger los recursos marinos y terrestres, tendiente a hacer un uso adecuado de los mismos.

A la fecha, las regulaciones existentes permiten resguardar de manera eficiente los recursos del Parque Nacional Isla del Coco, sin embargo, la falta de recursos pareciera ser el mayor reto al cual se le debe hacer frente. Lo altamente costosas que resultan las actividades de control y protección (patrullajes) a nivel marino, es la mayor dificultad. Lo anterior, debido a que por más legislación con la que se cuente, ésta resultaría inútil si no se hace el esfuerzo mancomunado e interinstitucional por mantener un estricto esquema de control y protección dentro de los límites del Parque.

## RESUMEN

El Parque Nacional Isla del Coco creado por decreto, ratificado por Ley y ampliado en los últimos años por decreto es uno de los Parques Nacionales con los que cuenta Costa Rica que esta compuesto por parte terrestre, insular y marino. Se le aplica la legislación vigente de Costa Rica referente a Parques Nacionales en general, la normativa de recursos naturales y la normativa específica del Parque Isla del Coco. Por ello se hace aquí el repaso de la legislación nacional partiendo de lo general a lo particular en el orden jerárquico en que ésta se encuentra jurídicamente reconocida.

**Palabras clave:** Legislación, Parque Nacional Isla del Coco, regulaciones en áreas protegidas, buceo, snorkel, pesca, minería, parques nacionales.





# UNA NUEVA FORMA DE GOBERNANZA PARA EL USO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS MARINO COSTEROS: LECCIONES APRENDIDAS EN EL PACÍFICO CENTRAL.

*Madrigal Cordero, Patricia  
Solís Rivera, Vivienne  
Coope SoliDar R.L.*

## **Palabras clave:**

Manejo de pesquerías de pequeña escala. Áreas Protegidas Marinas. Gobernanza comunitaria. Gobernanza de ecosistemas marino costeros. Pacífico Central, Costa Rica.

CoopeTárcoles R.L., es una cooperativa de pequeños pescadores artesanales fundada hace 22 años (en el año de 1985) con varios objetivos: comercializar directamente el producto de la pesca artesanal, eliminar los intermediarios, obtener mejores precios, propiciar mejores condiciones laborales, crear fuentes de empleo, compartir el conocimiento de la pesca y elevar el nivel de organización y participación de los pescadores.

La actividad principal de estas personas ha sido, a través de los años, la extracción de especies marinas, sobre todo róbalo (*Centropomus vidris*), corvina (*Cynoscion* sp), pargo (*Lutjanus guttatus*), bolillo o tiburón (*Mustelus dorsalis*) y pescado entero (pescado pequeño de consumo popular).

CoopeTárcoles R.L., en el año 2003 y con el apoyo de CoopeSoliDar R.L, incluyó como uno

de sus objetivos en los estatutos cooperativos, la promoción de la búsqueda de formas de gestión sostenible de los recursos naturales y culturales. En Costa Rica, es la primera iniciativa de pescadores artesanales que han adoptado un Código de Pesca Voluntario, siguiendo los principios propuestos por la FAO y desarrollado bajo sus propios principios y valores.

CoopeSoliDar R.L., es una cooperativa de autogestión de servicios profesionales para la solidaridad social. Una iniciativa de un grupo de personas interesadas en establecer puntos de encuentro entre conservación y desarrollo, principalmente para comunidades locales. La misión de esta cooperativa es "proponer alternativas novedosas para lograr que la riqueza cultural y biológica contribuya al mejoramiento de la calidad de vida de la población, con justicia y equidad, por medio del acompañamiento en los procesos participativos para la toma de decisiones, desde los espacios individuales y colectivos, a los niveles locales, nacionales e internacionales". Todo ello en un marco ético de valores comunes, con compromiso social y cultural. El trabajo de CoopeSoliDar R.L. en los últimos años se ha centrado en transformar la participación social

en una fortaleza para la conservación de la biodiversidad y ayudando a eliminar el mito de que la conservación con gente no es posible y a abierto el espacio para la nueva construcción de conocimiento basado en el acercamiento del conocimiento científico al conocimiento local y tradicional.

A principios del año 2001, se inició una relación entre CoopeSoliDar R.L., y CoopeTárcoles R.L., de fortalecimiento mutuo, en donde se han identificado espacios de trabajo conjunto como el fortalecimiento de valores como la solidaridad y el respeto mutuo entre cooperativas, la incorporación de la temática ambiental y de desarrollo sostenible dentro del marco de las actividades de pesca artesanal y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados y la comunidad (Código Ético, 2003, en Solís y otros, 2007).

Es en este marco de relación que ambas cooperativas han iniciado un proceso de reflexión y acción sobre la gobernanza del territorio marino y muy específicamente de los bienes que como el mar son de tutela y dominio público. Las principales preguntas que hemos procurado ir respondiendo poco a poco se centran en los siguientes temas:

1. ¿Pueden contribuir los bienes de dominio público para el fortalecimiento local en Costa Rica y bajo el sistema jurídico vigente?
2. ¿Cuál es la instancia apropiada tanto a nivel de gobierno como a nivel local para una buena gobernanza de los bienes de dominio público lográndose un beneficio y equidad en la distribución de la riqueza que se derive de su uso?
3. ¿Existen ejemplos y herramientas técnicas que permitan la construcción de un nuevo conocimiento que incorpore el conocimiento tradicional y científico y que garantice el manejo sostenible de la pesca en un marco de respeto y uso sostenible del recurso?
4. ¿Es posible el desarrollo de normas de tipo voluntario y de manejo que permitan el ordenamiento pesquero en beneficio del rescate de la identidad cultural de los pescadores artesanales y la conservación a largo plazo de la diversidad del mar en Costa Rica?
5. ¿Puede generar la gobernanza comunitaria nuevas iniciativas de negocio y negocios inclusivos innovadoras que garanticen la sostenibilidad de esta buena gobernanza y mejoren la calidad de vida de las personas?

Nuestro trabajo se centra en aportar desde la experiencia práctica algunas respuestas a estas inquietudes.

### 1) Contexto Social, Cultural y Económico: Pesca Artesanal en Costa Rica<sup>1</sup>

En el caso de Costa Rica la pesca artesanal productiva es una importante fuente de alimento, ingresos y empleo para una gran cantidad de familias (INCOPESCA, 2004). No obstante, la investigación realizada en los últimos años<sup>2</sup> permite confirmar que, todavía en el Pacífico, la mayoría de las comunidades de pescadores artesanales viven en condiciones de pobreza, y su forma de vida permite una relación estrecha con los recursos marinos costeros. (CoopeSoliDar R.L., 2007)

Esta situación de alta vulnerabilidad ha sido igualmente señalada en los Informes del

Estado de la Nación, investigación que analiza las condiciones del país, con el agravante que en los años 2006 y 2007, se identificó, sólo en la costa Pacífica, la existencia de más de 20 Proyectos para la construcción de marinas, sin mencionar los proyectos de megadesarrollo turístico y desarrollo inmobiliario.

El desarrollo inmobiliario, turístico y la construcción de marinas están excluyendo a las comunidades costeras del acceso que tradicionalmente han tenido sobre los recursos marino costeros, poniendo en entredicho, el acceso a los recursos naturales, su seguridad alimentaria, su sustento, su cultura y los recursos naturales sobre los cuales se basa su desarrollo. No obstante tal y como se observa en la tabla 1 y 2, el aporte de estas comunidades es vital para la economía nacional y centroamericana.

**Tabla 1. Pesca Artesanal: Capturas Litoral Pacifico**

Años	Litoral Pacifico (Ton Met)	Guanacaste (Ton Met)	Golfo de Nicoya (Ton Met)	Quepos (Ton Met)	Golfito (Ton Met)	Caribe (Ton Met)
2000	21,593	13,647	3,053	2,806	2,087	1,050
2001	22,811	14,298	2,244	3,872	2,398	796
2002	19,787	11,524	2,468	3656	2,140	622
2003	15,985	10,366	2,655	2,307	657	557
2004	12,074	5,5083,198	2,548	2,548	820	535

Fuente: Departamento de estadística Pesquera – INCOPESCA

1 Tomado de Solís, V. 2007, Pesca artesanal responsable y sus aportes a la conservación de la diversidad marino-costera: Surgimiento de actividades económicas alternativas para la participación de este sector en el desarrollo local en el Pacífico de Costa Rica. Propuesta de trabajo, documento de trabajo.

2 Coope SoliDar R.L., 2007, Consideraciones sociales del sector pesquero artesanal sobre el Corredor Marino de Conservación del Pacífico Este Tropical: primeras ideas para la incidencia social, San José, Costa Rica; CoopeSolidar R.L. 2006. Tárcoles: una comunidad de pescadores artesanales en Costa Rica, aportes a la conservación de los recursos marino costeros del Golfo de Nicoya San José, Costa Rica; Coope Tárcoles R.L., 2005, Nuestro Código de Pesca Responsable, San José, Costa Rica. Coope SoliDar R.L., 2004, "Recogiendo saberes y fortaleciendo valores", EDITORAMA S.A., San José, Costa Rica, 102p. Coope SoliDar R.L., Coope Tárcoles R.L., 2004, Código de Conducta para la pesca responsable. Desplegable para pescadores y personas interesadas en el tema, San José, Costa Rica. Coope SoliDar R.L., 2004, "Discussions on the Ethics and Conservation of Fisheries Resources by Local Communities on the Costa Rican Pacific Coast", Knowledge Marketplace Reports, 3rd IUCN World Conservation Congress, Bangkok, Thailand, 17-25 November 2004.

<b>País</b>	<b>Principales especies objetivo</b>	<b>Principales artes de pesca</b>	<b>Nº estimado embarcaciones</b>	<b>Nº estimado pescadores</b>
Costa Rica	Demersales Costeros, Pelágicos Costeros	Anzuelos, trasmallos, líneas de mano.	3500	3500
El Salvador	Langosta, Camarón, Peces	Trasmallos, redes de agallas, cuerdas con anzuelos.	21112	21112
Guatemala	Peces. Dorado, Tiburo- nes, Camarón, Langosta	Línea de manos, anzuelos, arrastre y buceo	5500	25000
Honduras	Langosta, Camarón, Cangrejo, Peces	Trasmallos, redes de agallas, anzuelos buceo.	11000	22000
Nicaragua	Camarón, Peces, (Meros, Pargos), Grandes Pelágicos, Moluscos, Crustáceos, Pesca Demersal	Redes de agallas, anzuelos. buceo, libre, nasa, redes camarones	14000	11000
Panamá	Cangrejo, Langosta, Almejas, Pulpos, Camarón, Peces	REdes de agallas	6600	11000

Fuente: FAO/OSPESCA, 2006

Miles de centroamericanos dependen directa o indirectamente de la pesca tanto artesanal como acuícola, esta actividad es reconocida como fuente de empleo para el pequeño pescador ya que le genera ingresos y se constituye además en un factor importante en el mantenimiento de la seguridad alimentaria.

No se ha logrado a nivel nacional y/o centroamericano insertar al sector pesquero artesanal en una dinámica comercial, social ni ambiental, que le permita acceder a los beneficios de su aporte al desarrollo, ni a la mejora de su calidad de vida y rescate de forma digna el oficio

de la pesca como una acción productiva de importancia para el desarrollo nacional.

Los trabajadores y trabajadoras de la pesca en Costa Rica, siguen siendo un sector excluido y vulnerable ante un modelo de desarrollo marino-costero excluyente desde lo social y económico por lo que se hace necesario un abordaje innovador que permita entre otras cosas su inserción digna y respetuosa en los procesos de desarrollo locales y su fortalecimiento de una gestión ambiental y de transformación de conflictos sociambientales, que les permitan fortalecerse en el mediano plazo.

## 2) Surge la relación de Asociatividad CoopeSoliDar R.L.–CoopeTárcoles R.L.<sup>3</sup>.

Un elemento clave que ha permitido la relación de asociatividad entre nuestras dos cooperativas está dado en la misma estructura de las organizaciones: empresas cooperativas, sustentadas en valores y el fortalecimiento del capital social.

*Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática.*

(ver [www.ica.coop/es/index.html](http://www.ica.coop/es/index.html))

Tal y como se ha definido en el contexto nacional, las cooperativas son asociaciones voluntarias de personas y no de capitales... en las que los individuos se organizan democráticamente... en las cuales el motivo del trabajo y la producción, de la distribución y del consumo, es el servicio y no el lucro...(Artículo 1 Ley de Asociaciones Cooperativas N° 6756)

La relación de asociatividad es una apuesta decidida de los asociados de CoopeTárcoles R.L. y de CoopeSoliDar R.L. por desarrollar mejores y más eficaces formas de relacionamiento entre ambas organizaciones, basado en el fortalecimiento del valor de la solidaridad entre cooperativas, la incorporación de la temática ambiental y de desarrollo sostenible dentro del

marco de las actividades de pesca artesanal y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados y la comunidad.

La asociatividad ha sido un aprendizaje sobresaliente e innovador para ambas organizaciones en los campos económico, social y ambiental, así como en el fortalecimiento del cooperativismo. Esta experiencia ha probado que son posibles la transparencia, la comunicación efectiva y, en este caso específico, el afán permanente por lograr la protección del mar y el uso racional del recurso natural que es la pesca.

Mediante la aplicación de herramientas metodológicas participativas que incluyen entre otras: consentimiento informado previo (PIC), los códigos de ética, las cartas de entendimiento, la construcción e integración de conocimiento, la zonificación participativa del mar y sus recursos, la planificación estratégica, etc, se han definido los pasos a seguir dentro de la relación de asociatividad. Además de ello, se ha desarrollado un largo proceso de transferencia tecnológica y desarrollo de capacidades que nos han permitido (tanto a los pescadores artesanales de CoopeTárcoles R.L., como a los asociados de CoopeSoliDar R.L.) contar con mejores herramientas aplicables al tema de transformación de conflictos socioambientales.

Esta relación ha permitido avanzar de manera conjunta en diversos frentes, entre ellos, dos claves para la reflexión: por un lado, iniciar

---

3 Tomado de Fonseca M, V. Solís Rivera. "Principios y valores éticos en la construcción de una relación de asociatividad y alianzas: Hacia el establecimiento de nuevas formas de trabajo para la transformación de conflictos socioambientales. Una reflexión desde la práctica", Ponencia presentada en el III Foro Regional sobre Conflictos Socioambientales en América Latina, 20 – 21 de Febrero, 2008. Quito, Ecuador.

un proceso hacia el reconocimiento de la primera área marina comunitaria para la pesca responsable que permita avanzar hacia el reconocimiento de una forma de gobernanza comunitaria de los recursos marinos costeros. Por otro lado, un compromiso empresarial para la generación de fuentes de trabajo con responsabilidad social y ambiental, a partir del desarrollo de un negocio inclusivo: el Consorcio Por la Mar R.L. (tomado de Solís y otros, 2006) (Ver anexo1).

*El Derecho Penal tiene muchas limitaciones, existen otras alternativas para que el Derecho se cumpla y aplique. Los instrumentos voluntarios que se basan en la filosofía de que las acciones deben nacer de la convicción del ser humano. La convicción parte del convencimiento, de las razones que nos demuestran la necesidad de hacer algo. Los instrumentos voluntarios nos orientan a trabajar en el convencimiento de las personas para que cambien o refuercen sus actitudes, de manera que sus actividades se orienten hacia los objetivos aceptados como importantes (Madrigal y Solís, 2007).*

### **3.1) Desarrollo del Área Marina Comunitaria de Pesca Responsable en Tárcoles, un modelo distinto de gobernanza comunitaria.**

Las Áreas de Conservación Comunitarias son una forma de gobernanza<sup>4</sup> orientada hacia el reconocimiento del aporte de los pueblos indígenas y las comunidades locales en la gestión

de áreas protegidas y los recursos naturales. Bajo esta forma de gobernanza la autoridad, responsabilidad y control del manejo del área protegida descansa en los representantes de pueblos indígenas o comunidades locales, de acuerdo con su derecho consuetudinario o normas tradicionales efectivas, en sus territorios y recursos naturales. La comunidad es propietaria, tradicionalmente o legalmente, de la tierra y sus recursos naturales y los ha dedicado a los objetivos de conservación de una categoría de la UICN (Borrini-Feyerabend, G., 2007).

La discusión internacional sobre este tema se ha mantenido en los principales foros globales tales como Congreso Mundial de Parques, Durban (2003); Congreso Mundial de la Naturaleza, Bangkok/Tailandia 2004, Congreso Mundial de Áreas Protegidas Marinas, IMPACT 1, Australia 2005. Además de ello, los países partes del Convenio de Diversidad Biológica han promovido la iniciativa, señalando la importancia de promover ésta forma de gobernanza dentro del Plan de Trabajo de Áreas Protegidas.

Costa Rica no tiene aún ningún ejemplo en donde se reconozca un área protegida bajo el esquema de gobernanza comunitaria, según fue establecido en el Plan de Trabajo de la Comisión de Áreas Protegidas de la CDB. El proceso de reconocimiento y creación del "Área Marina Comunitaria para la Pesca Artesanal Responsable" ubicada frente a CoopeTárcoles R.L en el Cantón de Garabito, Puntarenas, es quizás una de las iniciativas más avanzada.

---

4 La gobernanza se refiere a la interacción entre estructuras, procesos y tradiciones que determina cómo se ejerce el poder, cómo se toman las decisiones en asuntos públicos y cómo los ciudadanos y otros actores se manifiestan. Trata sobre el poder, las relaciones y la rendición de cuentas, quién tiene influencia, quién decide y cómo se rinden cuentas" (Abrams et al., 2003).

La definición por parte de los pescadores artesanales de luchar por la consolidación de una forma de gobernanza comunitaria se materializó luego de discutir los diferentes tipos de propiedad existentes y posibles escenarios de gobernanza marina tales como: gubernamental, privada (concesiones), comanejo y comunitaria.

Una vez que se esclarecieron los distintos escenarios y con base a su tradición de uso marino, los pescadores artesanales de CoopeTárcoles R.L., coincidieron que el mar y sus recursos son un derecho de todos los usuarios, siempre y cuando se respeten las normas de uso responsables; siendo por esta razón, un área marina comunitaria la forma de gobernanza más apropiada y se definió como:

*“El Área Marina Comunitaria para la Pesca Artesanal Responsable es aquella en dónde no sólo los asociados de CoopeTárcoles R.L. pueden ejercer derechos de pesca artesanal, sino todos aquellos pescadores artesanales que se comprometan a realizar una pesca responsable (Área Marina Comunitaria para la pesca Responsable, Tárcoles, Normas de Uso Generales, 2007).*

El trabajo hacia el reconocimiento del área ha incluido la utilización de diversas herramientas y técnicas participativas de investigación y recopilación de información. Además de la elaboración de un diseño de un proceso de prevención de conflictos, negociación e interlocución política. A continuación detallamos algunos lineamientos metodológicos y herramientas utilizadas:

#### **A) Construcción de conocimiento para la toma de decisiones**

*El acercamiento del conocimiento tradicional al conocimiento científico ha permitido desarrollar una base de datos de pesca manejada por Coope Tárcoles R.L., que registra los esfuerzos de pesca, especies capturadas e información asociada para el fortalecimiento de la pesca artesanal responsable*

Con el objetivo de recopilar información y contribuir al fortalecimiento de capacidades locales, desde mediados del 2005 se ha venido construyendo una tabla de pesca que recoge la información de las capturas diarias, el esfuerzo pesquero, los principales lugares de pesca y la influencia de la luna.

Los datos son tomados por cada pescador y recopilados por una pescadora local que tabula la información y la ingresa a una computadora. Posteriormente los datos son analizados de manera conjunta entre CoopeTárcoles R.L. y CoopeSoliDar R.L., posibilitando de esta manera la toma de decisiones y acciones orientadas hacia el manejo sostenible de la pesquería. La socialización mes a mes de esta información ha sido otro elemento de importancia para la construcción de conocimiento.

Este trabajo ha permitido también, retroalimentar con información oportuna a las instituciones del Estado responsables del tema marino, por ejemplo, han recomendado monitorear la captura de la raya o la necesidad de realizar investigación participativa sobre la langosta en el Pacífico de Costa Rica.

## B) Zonificación participativa

La zonificación del área marina comunitaria para la pesca responsable, ha sido un ejercicio muy interesante que ha permitido construir con los pescadores artesanales de CoopeTárcoles R.L, una visión, objetivos y orientación común sobre su área de trabajo.

Por medio de reuniones abiertas con los pescadores artesanales se fueron dibujando en un mapa las localidades de pesca, las artes de pesca utilizadas y áreas de mayor vulnerabilidad ecológica. Una vez definidos los espacios geográficos marinos se cotejaban con la información recopilada en la base de datos.

*Durante este proceso de identificación de localidades, los pescadores artesanales fueron capacitados en el uso de brújulas, lectura de hojas cartográficas, cartas marinas y el uso de GPS, fortaleciendo las capacidades de los pescadores artesanales.*

Posteriormente, se inició un proceso orientado a georeferenciar en conjunto con los pescadores artesanales los sitios identificados utilizando geoposicionadores (GPS). Una vez definidas las coordenadas geográficas, la información se integró en un sistema de información geográfico, para la elaboración de mapas temáticos.

La zonificación participativa también permitió identificar nuevos actores que comparten el recurso marino y áreas de conflictos latentes,

en particular con la flotilla de barcos rastros de camarón y otros pescadores artesanales que realizan sus actividades de pesca con un alto impacto ambiental. Con esta información se han elaborado y discutido con los pescadores escenarios de negociación con los diferentes actores.

El avance de la zonificación participativa ha posibilitado la demarcación geográfica de sectores, considerando, tipo de costa, recursos naturales existentes, arte de pesca y usuarios de recurso, áreas de conflictos y prácticas pesqueras. Esta información es un elemento fundamental en el desarrollo del plan de ordenamiento de la pequeña pesquería y normas de manejo responsable específicas para cada zona del área marina comunitaria de pesca responsable.

## C) Elaboración de normativa e incidencia política

Tal y como se mencionó anteriormente, en Costa Rica no existe ningún precedente de un área de conservación comunitaria; por esta razón, no existía normativa que permitiera su reconocimiento.

Ante este panorama y ante la solicitud de CoopeTárcoles R.L., y CoopeSoliDar R.L., a la Junta Directiva del INCOPECA<sup>5</sup> de promover una iniciativa concreta en este sentido, el Director Ejecutivo del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPECA), creó una Comisión conformada por representantes de INCOPECA, Ministerio de Ambiente

---

5 La Junta Directiva del INCOPECA es un órgano colegiado de decisión conformada por representantes del sector pesquero e instituciones de gobierno, la cual es presidida por el Presidente Ejecutivo.



y Energía (MINAE), CoopeSoliDar R.L., CoopeTárcoles R.L., y otros ONG vinculadas al tema de conservación marina, como MARVIVA, con el objetivo de elaborar una propuesta nacional, que brindara la posibilidad, no sólo a CoopeTárcoles R.L., sino además a otras comunidades y grupos organizados que cumplan con ciertas condiciones de idoneidad, de solicitar ante la Junta Directiva del INCOPECA la creación de áreas marinas comunitarias para la pesca responsable.

El proceso de elaboración de la propuesta nacional ha sido lento y complejo; por un lado, se debió identificar la competencia legal para que el INCOPECA y el Estado en general, pudiesen reconocer este tipo de áreas. Por otro lado, lograr definir una normativa que respetara los derechos de todos los ciudadanos que viven en el país, sin que, en el proceso de redacción se excluyera a ningún sector.

En el marco de la relación de asociatividad, el trabajo de elaboración y negociación de la propuesta permitió que cada una de las organizaciones brindará sus aportes: Por ejemplo, CoopeSoliDar R.L., contribuyó con la elaboración de los contenidos técnicos, aquellos referidos a la normativa costarricense y recopilación y análisis de los principales avances del tema a nivel global. Por su parte, CoopeTárcoles R.L., contribuyó identificando los elementos que caracterizan a una localidad de pescadores artesanales: su historia, tradición de pesca, necesidades locales, etc. Todos estos insumos fueron llevados a la Comisión de Trabajo, para que en conjunto se elaborara la propuesta definitiva. Los representantes del INCOPECA viabilizaron la propuesta técnica y legal, según se define dentro de las responsabilidades de la institución. Tanto como representantes de CoopeSoliDar R.L., como los representantes

de los pescadores artesanales participaron en todas las reuniones de trabajo de la comisión.

La propuesta elaborada resultado de la Comisión de Trabajo, si bien no se ajusta fielmente a lo que se define en el ámbito internacional como un área de conservación comunitaria, ha permitido al país avanzar hacia propuesta de gobernanza más participativa, lo cual en un país con una orientación centralizada como Costa Rica se debe observar como un elemento positivo.

La propuesta de Reglamento para el establecimiento de Áreas Marinas para la Pesca Responsable, fue aprobada en la Sesión de la Junta Directiva del INCOPECA el 4 de abril. A partir de ahora, se iniciarán los trámites para presentar la propuesta de reconocimiento y establecimiento del área marina comunitaria para la pesca responsable en Tárcoles.

Este reglamento pretende reconocer el derecho al trabajo, de participación y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de los pescadores.

La definición de área marina para la pesca responsable que establece el reglamento es la siguiente: “es un área con características biológicas, pesqueras o socioculturales importantes, en las que se regula la actividad pesquera de modo particular para asegurar el aprovechamiento de los recursos pesqueros a largo plazo y en las que para su conservación, uso y manejo el INCOPECA podrá contar con el apoyo de comunidades costeras y/o de otras instituciones”.

Define un procedimiento en donde la organización solicitante lleva el liderazgo aportando por ejemplo registros e información histórica que demuestren la importancia biológica, pesquera,

sociocultural y ambiental que sustente la creación de dicha figura y sus mecanismos de regulación en un área marina determinada; una línea base de condición socioeconómica de los miembros de la Organización interesada; un mapa en el cual se señalen las coordenadas geográficas de la zona propuesta de acuerdo con el Instituto Geográfico Nacional; y una zonificación participativa con el apoyo del INCOPESCA u otra institución u organización, de las áreas destinadas para la pesca, y áreas de veda total o parcial; detalle sobre los tipos de pesca (comercial, deportiva, turística, entre otros), cantidad, número y tipo de artes, modalidades de embarcación, tallas de primera captura o cualquier otra información relevante para la viabilidad de la propuesta.

Analizada la solicitud y aceptada la misma, el INCOPESCA procede a emitir el Plan de Ordenamiento Pesquero, en el cual se establecerán las características y regulaciones particulares para el ejercicio de la pesca o acuicultura en dicha área.

Lo novedoso de esta iniciativa es que no tiene un planteamiento excluyente, o genera derechos exclusivos. Al contrario, el ejercicio de la actividad pesquera dentro de estas áreas, estará permitido tanto para aquellos miembros de la Organización solicitante, como para cualquier otro pescador siempre y cuando éste cuente con licencia de pesca vigente y se ajuste a las regulaciones dispuestas en el Plan de Ordenamiento Pesquero definido para cada área.

Con participación de la organización solicitante se nombra una Comisión de Seguimiento encargada de velar por la aplicación del Plan de Ordenamiento Pesquero.

Paralelamente al proceso de elaboración de la propuesta nacional, a lo interno del trabajo entre CoopeSoliDar R.L. y CoopeTárcoles R.L., se ha venido llevando a cabo un proceso de análisis sobre posibles escenarios y situaciones conflictivas; todo ello, con el objetivo de identificar la mejor manera de negociar el área y llegar a acuerdos con otros usuarios; así como, la identificación de las acciones según sean las respuestas obtenidas al presentar la propuesta del área marina comunitaria de pesca responsable en Tárcoles.

El punto más complejo de este proceso de incidencia política fue precisamente el análisis de las competencias estatales y los espacios de participación en la toma de decisiones sobre un bien común como lo es el mar. La propuesta inicial implicaba el reconocimiento por parte del Estado del ejercicio de la pesca artesanal en el área de Tárcoles por más de cuarenta años y por consiguiente de sus derechos de acceso a los recursos marino costeros. Este planteamiento encontró resistencia dentro del INCOPESCA al considerar que la potestad sobre el bien público, mar, correspondía exclusivamente al Estado quien en ejercicio de su potestad de imperio debía tomar las decisiones. Es precisamente esta posición la que se incluye en el reglamento citado, ya que es el INCOPESCA el que establece las

áreas marinas para la pesca responsable, sin embargo se aceptó la creación de una Comisión de Seguimiento con participación de la organización solicitante.

### **3.2) Creación del Consorcio Por La Mar: compartiendo riesgos**

Después de varios años de maduración en la relación de asociatividad, el pasado 7 de agosto, 2007 se constituyó formalmente el Consorcio Por La Mar R.L.

El Consorcio POR LA MAR R.L., representa una apuesta en el largo plazo (uno – uno), entre las dos cooperativas. Es un órgano auxiliar cooperativo empresarial legalmente conformado por las dos cooperativas, en el cual sus comités y estructura de toma de decisiones son conformadas por representantes de cada una de las dos instancias.

Este Consorcio busca consolidar una iniciativa empresarial orientada al desarrollo de la actividad turística, que permita compartir las experiencias y vivencias de la pesca artesanal a través de visitas guiadas de pesca artesanal responsable.

Esta iniciativa tiene como visión: Compartir las experiencias y vivencias de la pesca artesanal responsable en Tárcoles, mostrando a la población

nacional y extranjera que los trabajadores de la pesca lo hacen con honor y responsabilidad. Y como misión: compartir el oficio de la pesca artesanal responsable como una forma de vida digna que contribuya a la conservación biológica y cultural de los recursos marino costeros como algo bueno para la sociedad.

El Consorcio, puede ser un buen ejemplo de lo que se ha denominado un negocio inclusivo<sup>6</sup>. Es un instrumento novedoso que permitirá, en el mediano plazo, no depender de la cooperación internacional, garantizando la sostenibilidad de los procesos que están siendo emprendidos por ambas cooperativas: el área marina comunitaria de pesca responsable, la generación de nuevo conocimiento basado en la investigación local y técnica y el manejo sostenible de la pescadería de CoopeTárcoles R.L..

### **Reflexiones finales**

Es reconocido el problema de la disminución de los recursos pesqueros. Diferentes estudios hacen un llamado para tomar acciones que permitan prevenir un colapso de las pesquerías en el corto y mediano plazo. Los mares han sido considerados bienes comunes, su acceso ha sido abierto a los diferentes usuarios, sin establecer claramente restricciones para que su uso se dé de una manera racional.

---

6 Un negocio inclusivo es una iniciativa empresarial que, sin perder de vista su objetivo de lucro, contribuye a la superación de la pobreza a través de la incorporación de personas de menores recursos en su cadena de valor. De esta manera, un negocio inclusivo vincula al sector empresarial con hombres y mujeres de bajos ingresos, buscando un beneficio mutuo. Los negocios inclusivos se caracterizan por presentar garantías de sostenibilidad (económica, ambiental y social) en el tiempo. Su aplicación implica la construcción de una relación de confianza entre las partes, a partir de una colaboración activa y equitativa, (véase mayor información en, <http://wbcscsd.typepad.com/wbcscsdsvn>; <http://www.cecodes.org.co/boletin2007>

Es importante reconocer en este tema, las diferencias que cada tipo de pesquería tienen en relación al impacto ambiental. El sector pesquero no es homogéneo, incluye una diversidad de sectores con características diferentes.

La definición de lo que se entiende como pesca artesanal es fundamental para tomar distancia de otras pesquerías con mayor impacto ambiental. La pesca artesanal en Costa Rica se entiende como aquella que se realiza dentro de las 5 millas náuticas a partir de la línea de bajamar, se realiza en embarcaciones pequeñas, con una autonomía limitada cuyas jornadas de viaje no duran más de 48 horas. En palabras de un pescador, con la claridad que les caracteriza es una pesca que se realiza manualmente, sin más ayuda que el motor de la embarcación que lo transporta.

El pescador artesanal tiene una relación con los recursos marinos costeros que hace que su actitud hacia las medidas de conservación de la diversidad biológica sea más abierta, ya que entiende perfectamente que su sustento y soberanía alimentaria depende del equilibrio ecológico de estos ecosistemas.

La relación entre las poblaciones pesqueras artesanales y el medio se da en un contexto social y cultural, esta relación es la que dibuja su identidad cultural, su visión de mundo.

Poco se ha hecho en Costa Rica, y en los países de la región Centroamericana, para reconocer la identidad cultural de los pescadores artesanales, su conocimiento tradicional, el uso que han hecho del mar, su visión del mismo y su aporte a la conservación.

“El mar comienza en la montaña”, es una frase que expresa la visión ecosistémica que tiene este grupo social.

Frente al reto global de la disminución de los recursos pesqueros, es importante identificar las experiencias que a nivel local se están dando. La experiencia que hemos compartido el día de hoy, para el reconocimiento de los derechos de acceso a la tierra y al mar, por parte de un grupo de pescadores artesanales pueden brindar insumos que nos orienten hacia el rescate de esta identidad cultural, su fortalecimiento y la conservación de la diversidad biológica.

Espacios de tomas de decisión participativos, creación y construcción de conocimiento, transformación y resolución de conflictos, incidencia política, son algunos de los elementos que han caracterizado este proceso.

Las propuestas no han sido aceptadas en su totalidad, ha sido un proceso de negociación. El reconocimiento de derechos existentes debido al uso de los recursos naturales públicos ha encontrado resistencias dentro de los asesores legales del estado, quienes mantienen la demanialidad en un sentido estricto y no en base a su función social y afectación a un fin público. Esta conceptualización de los bienes públicos afectados para un fin público de interés social, no ha encontrado resonancia dentro de la doctrina jurídica nacional. Sin embargo, permitiría espacios de participación sin afectar las potestades estatales pero fortaleciendo formas de gobernanza, de tomas de decisiones, más democráticas.

El camino apenas comienza...

## **Bibliografía**

Abrams et al., 2003. Borrini-Feyerabend., J. Gardner and P. Heylins. Evaluating Governance: A Handbook to Accompany a Participatory Process for a Protected Area. Report for s Park Canada and IUCN/CEESP/CMGW/TILCEPA.

Borrini-Feyerabend, Grazia. 2007. The “IUCN protected area matrix”—A tool towards effective protected area systems. IUCN – WCPA. One of a series of papers for a summit on the IUCN categories in Andalusia, Spain May 7-11 2007

Coope SoliDar R.L., 2007, Consideraciones sociales del sector pesquero artesanal sobre el Corredor Marino de Conservación del Pacífico Este Tropical:primeras ideas para la incidencia social, San José, Costa Rica.

CoopeSoliDar R.L., Documentos internos. Área Marina Comunitaria para la pesca Responsable, Tárcoles, Normas de Uso Generales, 2007

CoopeSolidar R.L. 2006. Tárcoles: una comunidad de pescadores artesanales en Costa Rica, aportes a la conservación de los recursos marino costeros del Golfo de Nicoya San José, Costa Rica;

Coope Tárcoles R.L., 2005, Nuestro Código de Pesca Responsable, San José, Costa Rica. Coope SoliDar R.L., 2004, “Recogiendo saberes y fortaleciendo valores”, EDITORAMA S.A., San José, Costa Rica, 102p.

Coope SoliDar R.L., Coope Tárcoles R.L., 2004, Código de Conducta para la pesca responsable. Desplegable para pescadores y personas interesadas en el tema, San José, Costa Rica.

Coope SoliDar R.L., 2004, “Discussions on the Ethics and Conservation of Fisheries Resources by Local Communities on the Costa Rican Pacific Coast”, Knowledge Marketplace Reports, 3rd IUCN World Conservation Congress, Bangkok, Thailand, 17-25 November 2004.

FAO/OSPESCA, 2006. Características principales de la actividad de pesca, Centroamérica. Preparado por CONFEPESCA.

Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura., 2004. Informes varios. Departamento de Estadística Pesquera.

Solís, V. 2007, Pesca artesanal responsable y sus aportes a la conservación de la diversidad marino-costera: Surgimiento de actividades económicas alternativas para la participación de este sector en el desarrollo local en el Pacífico de Costa Rica. Propuesta de trabajo, documento de trabajo.

Madrigal y Solís, 2007. Establecimiento de normas de pesca responsable voluntarias en áreas marinas: un ejemplo en el pacífico de Costa Rica. Ponencia impartida en el Congreso Latinoamericano de Áreas Protegidas. Bariloche Argentina.

V Congreso Mundial de Parques de la UICN, Durban, 8 al 17 de setiembre del 2003, Recomendaciones, WPC Rec. 5.17.

Word Parks Congreso. 2003. Benefits Beyond Boundaries. Proceeding of the Vth IUCN Word Parks Congress. Durban, Sudáfrica.

**Páginas Web:**

[www.coopesolidar.org](http://www.coopesolidar.org)

[www.consorcioporlamar.com](http://www.consorcioporlamar.com)

[www.coopetarcoles.org](http://www.coopetarcoles.org)

# **LEX MERCATORIA, PLURALISMO JURÍDICO Y GLOBALIZACIÓN. EL MONOPOLIO DEL DERECHO POR PARTE DEL ESTADO.**

*Lic. Ignacio García A.*

## **Contenido**

Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización.....	161
El Monopolio del Derecho por parte del Estado.....	161
I. Las codificaciones del siglo XIX. El Derecho como un elemento inherente del Estado.....	162
II. Lex Mercatoria. El Derecho como una prerrogativa de las corporaciones.....	166
III. El “Derecho Corporativo” de la segunda mitad del siglo XX.....	171
IV. El caso latinoamericano.....	178
Bibliografía.....	181





# LEX MERCATORIA, PLURALISMO JURÍDICO Y GLOBALIZACIÓN EL MONOPOLIO DEL DERECHO POR PARTE DEL ESTADO

*Lic. Ignacio García A.*

(La loi c'est) « l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le cœur des hommes »  
-Motifs de la loi du 3. Septembre 1807 pour le Code de Napoleón.

« Recht ist rasionalisierte Sitte »

-Hermann Ulrich Kantorowicz. Der Begriff des Rechts, 1939.

« Recht ist rasionalisierte Sitte »

-Hermann Ulrich Kantorowicz. Der Begriff des Rechts, 1939.

Mucho se discute hoy en nuestra región, nuevamente de manera maniquea, polarizante o disyuntiva, sobre el papel del Estado en la sociedad contemporánea.

Algunos sectores sostienen que hay que liberar la economía, reducir el Estado, aminorar sus funciones, hacerlo más dinámico y eficaz; otros sectores se proclaman como férreos detractores de estas teorías liberales y propugnan la defensa de un Estado fuerte, no sólo con un papel de gendarme y regulando las actividades de los particulares, sino que con un papel preponderante en la economía y en la sociedad.

Resulta particularmente útil y curioso, entonces, reflexionar sobre los caminos históricos de donde el Estado proviene, y de aquellos caminos hacia los cuales podría evolucionar posteriormente en nuestras sociedades.

El Derecho, tal y como lo entendemos hoy, como una serie de instituciones políticas derivadas del balance de los tres poderes públicos; basado sobre la *Norma Fundamental* constitucional; como instrumento básico de la ficción jurídica por antonomasia que hemos llamado "Estado", podría entenderse hoy como una verdad granítica e indiscutible. Tanto así, que muchas veces nos resultará imposible concebir una sociedad organizada fuera de la institución del Estado. Pero lo cierto del caso es que esta forma de organización social no siempre ha sido así.

El Estado, el uso monopolístico por parte de éste del Derecho, y la comprensión del derecho como un lenguaje basado en la interpretación de unos principios generales frente a una situación de hecho y una situación objetiva determinada, es una invención social humana de relativa novedosa creación, tomando en cuenta el curso

de la humanidad como punto de referencia para esta proporción, y tomando la revolución francesa y el siglo XVIII como el punto de partida más álgido y evidente del nacimiento –para bien o para mal– del Estado Republicano.

Junto con la creación del Estado Moderno, surgieron también las codificaciones de su Derecho. De esta manera surgieron conceptos, principios generales del Derecho, como las lagunas del Derecho, la interpretación analógica o el principio de Plenitud Hermética del ordenamiento, dogma jurídico que presupone una relación entre el Derecho y todo lo que existe. Sostiene que el Derecho es pleno y que el juez tiene la obligación de juzgar cualquier caso que se le presente. Fue creado, junto con las codificaciones europeas del Siglo XIX, con la intención de fundamentar la presencia del Estado en cualquier actividad humana. Sin embargo, la pregunta resulta ser especialmente válida en nuestra época: ¿puede existir el Derecho sin el Estado?

La búsqueda de la respuesta a esta interrogante constituye la base de la teoría del “pluralismo jurídico”. Existen redes de comunicación con ordenamientos paralelos a la lógica jurídica estatal. Con el fenómeno de la globalización algunos de estas redes de comunicación logran no sólo institucionalizarse, sino hasta convertirse en organizaciones con mayor poder coercitivo que el mismo Estado. Pareciera que el Estado Moderno empieza a desplazarse hacia nuevas formas sociales. Una de estas redes de comunicación paralelas es la ley de los comerciantes, o “lex mercatoria”.

Es importante que sea motivo de nuestras reflexiones contemporáneas sobre la sociedad, que esta transición hacia nuevas formas de organización social, -si estuviera realmente sucediendo-, se realice sin menoscabo de otras corrientes y reivindicaciones sociales que también provienen de una progresiva evolución de la condición y las libertades humanas, las libertades individuales y de los Derechos Humanos universalmente reconocidos.

### **I. Las codificaciones del siglo XIX. El Derecho como un elemento inherente del Estado.**

En tiempos del imperio napoleónico, el Emperador le escribía lo siguiente a su hermano José:

“He aquí la gran ventaja del Código Civil. El consolida nuestro poder, porque da en tierra con todo lo que no es fideicomiso, y no quedarán casas grandes, sino las que erijáis en feudos. Esto es lo que me ha movido a predicar un Código Civil, o lo que me ha conducido a establecerlo”<sup>1</sup>.

Como antecedente a la voluntad codificadora de Napoleón, unos mil trescientos años antes, el Codex de Justiniano, con evidente voluntad legisladora omnicompreensiva, afirmaba que su Código era tan completo que “no había nada que agregarle ni nada que le sobre”<sup>2</sup>. Era un intento por prever todas las situaciones de antemano, de regular la costumbre mediante un Derecho de cualidades omniscientes.

1 Guier, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*. Tomo II, p.599. Edit. Costa Rica. 1968.

2 Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999.

Así, desde la época del restablecimiento del imperio romano, el mundo conocido pasa por el cisma y la división en los imperios de Dioclesiano, el surgimiento de Bizancio y de Justiniano, las cruzadas y las invasiones de los bárbaros, mongoles, sasánidas hasta llegar a la aparición de la Edad Media.

En este tránsito histórico, Europa viaja desde una autoridad central eclesiástica o imperial hacia una atomización del poder medieval, hasta llegar finalmente hasta nuevas instituciones como el Estado. La fisonomía del Derecho formaría parte de esta transformación. El Derecho consuetudinario toma fuerza en medio de la ausencia de una centralización del poder. De ahí que no resulte extraña la influencia tan importante que tiene la investigación del Derecho romano de manera muy posterior, en la investigación del Derecho Civil por parte de las universidades alemanas en el siglo XVIII.

Durante los siglos XII y XVIII, ya las universidades se encuentran arraigadas en las sociedades europeas. De esta manera, la doctrina jurídica de Europa Central, pasa por diversos estadios de transformación. En su forma de ver el Derecho, cada escuela fue analizando el fenómeno jurídico basada en su interpretación de la relación entre realidad y ficción.

La teoría jurídica centroeuropea de inicios de siglo XXII inicia con autores que resultan ser instituciones, tales como Thomasio, Puffendorf, Grotio o Wolff. Influenciados por el iluminismo alemán, Hegel, Leibniz, y la tradición de los glosadores, los representantes de las escuelas iusnaturalistas defienden una imagen pura del Derecho, empleada por los operadores del derecho en la práctica. Resulta muy interesante ver cómo la anterior autoridad eclesiástica tan propia de la Edad Media se

funde dentro del Estado secular conforme avanza el análisis del Estado y del Derecho.

Escuelas posteriores, como la Jurisprudencia de Intereses o la de Conceptos, con autores influidos por posturas racionalistas como Comte y Descartes, visualizarían el derecho de una forma más racional.

Thibaut define la situación del Derecho autóctono como una serie de "preceptos abigarrados" en defecto de los cuales se acude al fósil de un Derecho canónico alejado de la realidad o a la aplicación de un Derecho romano rígido. Para cuando Savigny llega a escribir, el Derecho antiguo se encuentra diseminado por Europa, y el Derecho nuevo es un mosaico de costumbres. El Derecho nuevo no había conseguido un interés social para consolidarse en una institución y el Derecho antiguo es una colección de conocimientos de algunos pocos que lograron mantener vivo mediante el apacible y seguro reposo de sus claustros. Debido a la relación intrínseca entre Derecho y poder, la aparición del Estado Moderno puede ser entendida como la confirmación de que la voluntad de un intrincado impulso social de consolidación y de voluntad de política había encontrado, finalmente, cierta cohesión del poder para poder llegar a plasmarse en el Derecho positivo.

Autores como Rudolf von Ihering, empiezan con una postura metodológica y científica, pero con el tiempo develarían el interés debajo de la norma jurídica, y entenderían finalmente el Derecho como un órgano viviente, sujeto a pulsiones e irracionalidades humanas. Todo este tránsito de la ciencia jurídica durante cerca de doscientos años lleva finalmente a autores como Hermann Kantorowicz, representante de la escuela Libre del Derecho en Alemania, Cesarrini

Sforza o Santi Romano en Italia, a afirmar que el derecho es una *costumbre racionalizada*, y que así como existe el ordenamiento jurídico estatal, existen otros ordenamientos –con sanciones, interpretaciones intersubjetivas y procedimientos de conocimiento–; que si bien es cierto no están tan formalizados o condensados, forman ordenamientos jurídicos separados de la lógica estatal, *un pluralismo jurídico*.

Así llegamos al siglo XIX, apogeo del Estado Moderno como consolidación social. Ahí aparecen las codificaciones, de Prusia, Austria y Francia primero –a principios del siglo XVII–, y el Código Alemán en 1900, que darían lugar al Derecho positivo tal y como lo conocemos hoy. Estos son los principios generales del Derecho que al día de hoy rigen las relaciones contractuales de los individuos y que conforman e inspiran la jurisprudencia de nuestros Tribunales hoy en día.

El siglo XIX traería consigo la revolución industrial. La máquina de vapor, el ferrocarril y la luz eléctrica son algunos de los inventos que propiciarían la transformación económica de Europa. Europa Central pasa de una economía estatal centrada en su actividad agraria, a una expansión imperial basada en su producción industrial. Esta transición origina la constitución de bloques liberales en la representación política de Europa. Propugnan el librecambio frente a una postura estatal colonialista más conservadora y centralista. Naturalmente, una explicación binaria de dos sectores opuestos sería una explicación demasiado simple para un fenómeno tan intrincado como la conformación política de un conglomerado social tan extenso como Europa Central en el siglo XIX. Para lograr una ilustración menos limitada habría que considerar, aparte del movimiento expansionista y mercantil oficial, la oposición laboralista, por ejemplo. La creciente

actividad económica incidiría a su vez sobre una polarización económica. Surgiría el problema de la Cuestión Social, el malestar social por el creciente volumen de la población y de la pobreza, con el consecuente arraigo de nuevas ideas acerca de la organización social. Empezaría a circular por Londres, en 1848, el Manifiesto Comunista, redactado por dos propagandistas alemanes invitados al primer congreso de los grupos obreros ingleses: Karl Marx y Friederich Engels. Surgirían diferentes autores frente a la realidad social, con realistas como Theodor Fontane (1819-1818), por ejemplo, con una temática humorística hacia los problemas sociales. A grandes rasgos se puede decir que las políticas neocolonialistas de las potencias europeas, exacerbadas por una gran competencia, buscan un financiamiento interno que produce cierta polarización y división entre los partidos. Es así como Guillermo I, Rey de Prusia, ante la negativa del Parlamento o Cámara de Señores (*Landtag*) de otorgarle un crédito con fines militares, decide ofrecerle la jefatura del gobierno prusiano a un militante de la aristocracia prusiana que en el momento fungía como embajador en París: Otto von Bismarck. Bismarck era un *junker*, nombre con el que se conocía a los militantes de este partido aristócrata prusiano. Tenía claras intenciones de unificación para los estados alemanes y categóricas intenciones imperialistas. Su carrera política alcanzaría su cumbre con la Proclamación del Imperio Alemán y la coronación del Kaiser en Versalles el 18 de Enero de 1871.

Veinticuatro años después de que Napoleón escribiera las palabras con las que iniciamos este capítulo en Francia, la Confederación Alemana firmaba el primer Tratado de Aduanas. Este tratado, que no entraría en vigor hasta Enero de 1834 con una Unión Aduanera de 18 Estados Federales, terminaría finalmente

vinculando a 28 de los 39 Estados Federales de la Confederación Germánica y representando a 23 millones de habitantes en torno a Prusia<sup>3</sup>. Sin temor a equivocarse, puede afirmarse que el Tratado de Aduanas o *Zollverein* sería un antecedente inmediato e importante para la consolidación del Imperio Alemán en 1871, y para el Acuerdo de Unión Europea vigente y de vital trascendencia al día de hoy.

Surgirían en las primeras sociedades anónimas del mundo, entre ellas la **Dutch West India Company** en 1621, como una respuesta de la sociedad mercantil para satisfacer las demandas y las intenciones colonialistas de los Estados Nacionales. La transformación local de cada uno de los Estados Nacionales que se iban consolidando, es un síntoma de la constante evolución social que se manifiesta en la Europa Central del siglo XIX.

Esta carrera expansionista terminaría con la aparición de la Segunda Guerra Mundial, la consolidación de un Nuevo Orden Mundial, Bretton Woods, y el establecimiento de una hegemonía que finalmente ha dado origen, durante el siglo XX, a los inicios de un ordenamiento jurídico, ya sea en el ámbito industrial o comercial, como en cualquier otra área del Derecho, mediante un Código universal de moral jurídica, y la gestación de un lenguaje jurídicamente universal.

A todas luces, después de la Segunda Guerra Mundial, y hasta nuestros días, el poder y protagonismo del Estado Nacional Republicano es una verdad incontrovertible. Sin embargo, si analizamos la progresión histórica Desde el Código de Hammurabi, hasta Roma; desde Bizancio hasta los postglosadores; desde las codificaciones hasta los contratos atípicos de Joint Venture y las fusiones de las compañías transnacionales, el Derecho ha experimentado un proceso de sedimentación. Es una práctica social, un lenguaje jurídico especializado, consolidado mediante el texto de la ley y de una fuente jerárquicamente reconocida. Pero para su comprensión –principalmente su ligamen intrínseco con el Derecho- es necesaria la contemplación de su evolución histórica. De acuerdo con el artículo 1 de nuestro Código Civil, cuerpo normativo inspirado en el Código Civil Francés de 1804, la fuente escrita del ordenamiento jurídico es la Constitución, los tratados internacionales, y la ley. Pero toda esta progresión lo que nos demuestra que así como el Derecho se construye, también se puede deconstruir, reformular, repensar. Necesariamente nos evoca el recurso retórico utilizado por Rudolf von Ihering cuando comparaba el Derecho a un organismo vivo, recurso que ha resurgido recientemente por nuevas escuelas del Derecho y de la sociología jurídica contemporánea.<sup>4</sup>

---

3 *Deutsche Geschichte in Quellen und Darstellung. Band 7: vom Deutschen Bund zum Kaiserreich (1815-1871). [Historia Alemana con Fuentes e Ilustraciones. Tomo 7: De la Liga Alemana al Imperio. (1815-1871)]* Edit. Phillip Reclam. Stuttgart, 1997.p.151

4 Autores como Gunther Teubner y Niklas Luhmann hablan recientemente de sistemas sociales autopoieticos, una especie de organismo social permeado por otros sistemas sociales. Teubner, Gunther. *Recht als autopoietisches System*. Suhrkampf. Frankfurt am Main. 1989. En nuestra región, ver: Courtis, Christian. *Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas*. en: AA.VV. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú. José F. Palomino Manchego (director). *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*. Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú. 1999, p.262.

## II. **Lex Mercatoria. El Derecho como una prerrogativa de las corporaciones.**

La lex mercatoria es, en términos muy generales y abstractos, un ordenamiento. Contiene todos los elementos propios de un lenguaje normativo (hecho, valores, normas y sanciones). Es impuesto al sujeto y no procede de su interioridad. Ante el incumplimiento de cierto “deber-ser” en el comercio, la lex mercatoria impone una sanción. A diferencia de la moralidad, por ejemplo, esta sanción procede con evidente heteronomía. Usualmente esta heteronomía suele ejercerse en el ámbito comercial internacional mediante la ejecutoriedad de un laudo arbitral o la inclusión de una empresa en listas negras en donde se registran a los transgresores comerciales. Como vemos, esta heteronomía no procede de un “deber-ser” autónomo. No es impuesto por el sujeto mismo. La sanción no es aplicada por la conciencia ni por el remordimiento. Es aplicada por otro sujeto distinto, pero este sujeto, a diferencia del ámbito jurisdiccional, no es el Estado. Surge un ordenamiento paralelo al Derecho del Estado. El ejemplo más evidente es la sanción del gremio corporativo. Si el comerciante promete vender y no vende, su falta de compromiso incide sobre su actividad comercial directamente: afecta su credibilidad. La próxima vez que este mismo comerciante quiera realizar algún negocio va a tener que acudir a ciertas maniobras para respaldar su promesa. Recibe por parte de la comunidad mercantil una penalidad; su exclusión temporal del gremio comercial.

Santi Romano habla del paralelismo entre los ordenamientos informales o no jurídicos y ejemplifica sus teorías mediante instituciones como la iglesia u organizaciones criminales como la mafia. Sin embargo, la teoría de Santi Romano del “pluralismo jurídico” puede extenderse y aplicarse a asociaciones u organizaciones deportivas como la FIFA, o como el caso que nos ocupará, a instituciones relacionadas con el comercio internacional o el Derecho internacional privado<sup>5</sup>.

Definir el sentido o el nacimiento de la lex mercatoria no debe hacerse demarcando el nacimiento del Derecho comercial como un fenómeno separado del comercio. ¿Cuándo nace la ley de los comerciantes, el antecedente inmediato a las relaciones jurídicas comerciales tal y como las conocemos hoy? No se puede determinar específicamente. Su evolución como un fenómeno jurídico esta inevitablemente ligado al Derecho como un fenómeno que se cristalizó, y que bien podría tratar de delimitarse espacial y temporalmente usando como fecha inicial el redescubrimiento del Digesto hasta la consolidación del *ius Commune* como un cuerpo normativo claramente definido. Sí se puede, sin embargo, hablar de un antecedente histórico en la época medieval de Europa Central.<sup>6</sup>

El tráfico comercial dentro de Europa, desde los pueblos franceses como Champagne a St.Yves, desde Wye hasta Nurnberg, generó la constitución de un gremio comercial, cuya práctica social se fue consolidando con el

---

5 Romano, Santi. El Ordenamiento jurídico. Segunda edición, traducción de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

6 Wieacker, Franz. “Supuestos históricos y paradigmas de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales.” *Revista de Derecho Privado española*. Tomo 66; Enero-Diciembre, 1982, Madrid. Pp, 899-912.

tiempo, y que generó ciertas prácticas propias de los comerciantes. Una de estas prácticas era solución de controversias mediante la intervención de terceros. Por ejemplo, en las costas de Inglaterra -Bristol e Ipswich, principalmente- comenzó a aflorar un gremio que se especializaba en dirimir los conflictos de carácter mercantil. Generalmente, estos terceros eran escogidos según su experiencia, y el conflicto se solucionaba en la misma playa. Una característica particular del inicio de estos tribunales era la ambulancia de su sede. Como dijimos, el nacimiento de la ley de los comerciantes no puede delimitarse mediante una simple fecha. Sin embargo, estas agrupaciones de mercaderes constituyen un valioso antecedente a la constitución de organizaciones comerciales para la solución privada de conflictos mercantiles. Es en esta área de Europa en donde encontramos dos obras de procedencia medieval que marcan un definitivo punto de inicio para el uso del término "Lex Mercatoria": La obra de George Malynes, escrita en 1622 llamada "Consuetudo Vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant" y "Commentaries on the Laws of England" de William Blackstone, quien, en sus "Comentarios a las leyes de Inglaterra", también hace referencia a la *lex mercatoria* y propugna la elucidación de los intereses comerciales en una jurisdicción especial: la "law merchant".<sup>7</sup>

Hemos repasado, de forma muy general, la forma en que el Derecho continental europeo se fue constituyendo desde el descubrimiento del Digesto hace casi novecientos años, mediante el esfuerzo de los glosadores por recopilar el Derecho, hasta llegar a los grandes movimientos de las codificaciones estatales. En este sentido, la ley informal de los comerciantes que surgió en el medioevo, para no quedar en el olvido como una actividad inútil o hasta prohibida, debió integrarse a este fenómeno, convirtiéndose muy lentamente en la rama del Derecho comercial que se desarrollaría como doctrina propia de los tribunales jurisdiccionales. De esta manera, podríamos decir que el uso de la *lex mercatoria* como término técnico jurídico mantuvo cierto reposo durante este largo proceso de **solidificación** del Derecho. Principios como la buena fe, cuyo origen se remonta a épocas como la Edad Antigua, no sólo siguen siendo la base para el ejercicio del Derecho o del Derecho comercial en general, sino que además constituyen principios rectores dentro del gremio comercial. Sin embargo, pese a que podríamos encontrar orígenes del sentido de la *lex mercatoria* en escritos tan antiguos como Grecia y Roma, y en principios del Derecho Privado que tienen más de dos mil años de haber sido acuñados como términos jurídicos (*bona fides*, *pacta sunt servanda*, *res sibus stantibus*, *ex aquo et bono*, por nombrar algunos ejemplos), no

---

7 Berman, Harold J. Recht und Revolution, die Bildung des westlichen Rechtsstradition. Trad. del inglés al alemán de Hermann Vetter. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 539. No ahondaremos con mayor detalle en los orígenes de la *lex mercatoria* en la época clásica, porque éste es un tema que se ha desarrollado de manera muy completa por autores costarricenses como Víctor Pérez Vargas, Julián Solano y Rosemarie McLaren. Remitimos a aquellos lectores que estén interesados en una progresión histórica más detallada de la *lex mercatoria*, con referencia directa a la normativa medieval, a esas obras. Ver entre los señalados: McLaren Magnus, Rosemarie. Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Agosto, 2003. Tesis 22650.

es sino hasta principios de la década de 1960 en que el término *lex mercatoria* reaparece en la discusión jurídica como una construcción conceptual debidamente delimitada. Ocurre con ocasión del “Coloquio de Londres sobre las Nuevas Fuentes del Derecho Comercial internacional” en el King’s College de Inglaterra, universidad muy reconocida en el gremio comercial internacional en 1962, cuando el profesor Clive Schmitthoff enuncia a la *law merchant* como uno de los desarrollos más importantes de la ciencia jurídica de nuestro tiempo. Esta postura originaría una serie de discusiones de Schmitthoff con otro autor que se considera uno de los padres de la nueva *lex mercatoria*, el francés de origen rumano Berthold Goldman. Sus escritos actualmente se consideran clásicos del Derecho Internacional Privado, y colaborarían a la recepción de la *lex mercatoria* como un término propio de la ciencia jurídica del Derecho Internacional Privado de la segunda mitad del siglo XX. No obstante, la constatación de la existencia de una *lex mercatoria*, aún cuando ha sido aceptado por una parte mayoritaria, sigue siendo un tema bastante polémico dentro de la doctrina. Para el mismo Goldman, había una “batalla alrededor de la *lex mercatoria*”, una “guerra sin cuartel”, y a pesar de sus detractores, algunos de los cuales se referían a la *lex mercatoria* como “un mito”, o hablaban del “Waterloo de la *lex mercatoria*”, lo cierto del caso es que el tema ha ido ganando adeptos con el paso del tiempo.

Como buen término jurídico, no existe una definición única y exclusiva para este concepto. Sin embargo, para aquellos lectores que consideren útil o productiva la elaboración de

una definición jurídica, transcribimos algunas de las definiciones que ofrece Michael Mustill, un reconocido juez en asuntos de comercio de la Cámara de los Lores inglesa y distinguido árbitro comercial internacional, en su artículo sobre los primeros veinticinco años de lo que él denomina la “nueva *lex mercatoria*”<sup>8</sup>:

*una serie de principios generales y usos y costumbres referidas de forma espontánea o elaboradas en el marco del comercio internacional, sin referencia directa alguna a un sistema de normas nacional particular” (Berthold Goldman, Contemporary Problems in International Arbitration, 1983).*

*Un único cuerpo de leyes autónomo creado por la comunidad comercial internacional” (Cremades and Plehn, The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions, 1984).*

*Este fenómeno de reglas uniformes que sirve para uniformar la necesidad de la comunidad comercial internacional y la cooperación económica se conoce hoy en día comúnmente como *lex mercatoria*” (N. Horn, Introduction to The Transnational Law of International Commercial Transactions, 1984).*

*Las costumbres de la comunidad comercial puede llegar a combinar todos los principios generales del Derecho para crear un sistema de auto-determinación comercial” (W.L. Craig, W.W. Park y J. Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 1984).*

*..un Derecho transnacional, apto para recibir los principios comunes del Derecho nacional,*

---

8 Mustill, Michael. *The New Lex Mercatoria: The First twenty-five years*. Kluwer Law International. (www.tldb.de)



*pero (creuset) también de las reglas específicas que evoca el comercio internacional” (Berthold Goldman. Frontières du droit et lex mercatoria, archives du philosophie du doit, 1964.)*

También, desde un punto de vista menos entusiasta:

*una lex mercatoria a-nacional or un sistema legal híbrido encuentra sus fuentes tanto en el Derecho nacional e internacional como en una indefinida región de principios generales del Derecho llamada “Derecho transnacional”. (H.A. Grigera Naón. The transnational Law of International Comercial Transactions, 1984.)*

El fenómeno del surgimiento de una ley objetiva comercial, alejada de las fuentes tradicionales del Estado, también ha sido analizado desde un punto de vista cercano a la sociología.

Boaventura Sousa dos Santos, sociólogo de la globalización, define la lex mercatoria como *“una serie de principios y normas basados en la costumbre, los cuales son reconocidos y aplicados de manera uniforme y general en las transacciones internacionales”*<sup>9</sup>.

En Costa Rica, los principales autores que se han ocupado del tema de la lex mercatoria son los profesores Víctor Pérez Vargas y Julián Solano Porras. El Dr. Pérez Vargas, de acuerdo a numerosos laudos recientes, nos brinda la siguiente definición de la lex mercatoria: “Las reglas y principios generales,

relativos a las obligaciones contractuales internacionales, que gozan de consenso internacional”<sup>10</sup>. Por su parte, el Lic. Solano Porras nos ofrece dos definiciones. La primera, propia del Common Law, que dice así: “la lex mercatoria designa el sistema de costumbres y usos generalmente redactados y adaptados por los mercaderes para la regulación de sus transacciones o las soluciones de sus controversias”<sup>11</sup>. La segunda es del autor Aldo Frigiani, la cual reza lo siguiente: “El cuerpo de reglas e institutos relativos al comercio internacional, comúnmente aplicados por los comerciantes con la conciencia de que se trata de reglas jurídicas, o al menos de que los demás contratantes se comportarán observando las mismas reglas.”<sup>12</sup> Tanto el profesor Pérez Vargas como el profesor Solano Porras coinciden al señalar en sus estudios las cinco características que el profesor de la Universidad de Harvard, Harold J. Berman, le atribuye a la lex mercatoria:

1. Era transnacional
2. Su principal fuente eran las costumbres mercantiles
3. Era administrada no por jueces profesionales sino por los propios comerciantes
4. Sus procedimientos eran informales y expeditos
5. Afirmaba la equidad en el sentido medieval de honestidad como principio.

9 De Sousa Santos, Boaventura. Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation. Butterworths Lexis Nexis, 2nda Edición. 2002. Londres, Reino Unido, p.209.

10 Pérez Vargas, Víctor. La lex mercatoria. Conferencia Académica de Inauguración del Curso de Arbitraje Comercial del Centro latinoamericano de Arbitraje Empresarial y Universidad para la Cooperación Internacional. 21 de Enero de 2002. San José. Costa Rica.

11 Black’s Law Dictionary, p.1138, citado por: Solano Porras, Julián. La lex mercatoria: sistema romano civilista y sistema del Common Law. Revista Judicial. Año XXII, N° 76, Setiembre de 1999. San José Costa Rica. P.13.

12 Frigiani, Aldo. Il Diritto del Comercio Internacionale, citado por Solano Porras, Julián. Ibidem.

Adicionalmente, el Dr. Pérez Vargas señala otras características propias de este nuevo ordenamiento, como el hecho que la *lex mercatoria* se desliga del formalismo propio del Derecho romano; que se otorga mayor fuerza al mero consentimiento; se utiliza el concepto de buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, y finalmente, que se emplea la representación en la celebración de negocios jurídicos<sup>13</sup>.

Para Mosset Iturraspe la nueva *lex mercatoria* posee las siguientes características:

“la ley de mercado traduce los usos y costumbres de la comunidad internacional de los comerciantes:

globalizado

sin Estado

sin Derecho de la autoridad

sin jueces del Estado

sin utilización de la fuerza pública monopolizada<sup>14</sup>

Efectivamente, principios generales del Derecho, tales como la buena fe de los contratos, constituyen principios reconocidos y empleados frecuentemente por el arbitraje

comercial internacional. Rudolf Meyer habla por ejemplo, de un principio romano "*bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii*", que puede servir para darle fin a la batalla sobre la existencia de una *lex mercatoria*, y puede llevar a mejor término procesos de integración tales como la Unión Europea.<sup>15</sup>

Ahora bien, para algunos autores de corte sociológico, como los que venimos utilizando para el presente estudio (Dezalay y Garth) existe una *ideología* detrás de la definición de un concepto académico.<sup>16</sup> Por un lado, afirmar que la *lex mercatoria* proviene y ha existido desde la época medieval, le otorga una naturalidad y una legitimación histórica como una práctica social consolidada. Por otro lado, el discurso de la *lex mercatoria* proviene de actores individuales de gran reputación dentro del ámbito del Derecho, lo cual le otorga una legitimación discursiva. Analizaremos estos dos enunciados con mayor atención.

La definición de la *lex mercatoria*, y la discusión acerca de su existencia proviene de autores como Berthold Goldman, René David, Julian Lew, Jean Carbonnier, Phillipe Fouchard, Werner Goldschmitt, Clive Schmitthoff, Paul Lagarde, o Phillipe Kahn, por mencionar algunos autores propios de la doctrina comercial internacional. Con alguna frecuencia

13 Pérez Vargas, Víctor. Op.cit. p. 6. Ver caso Norsolor vs. Pabalk Ticaret Sirketi, N°3131 de la CCI, en donde se reconoció explícitamente la buena fe como un principio rector de la ejecución de los contratos y que inspira la *lex mercatoria*.

14 Mosset Iturraspe, Jorge. Cómo contratar en una economía de mercado. Kubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. pp110-116.

15 Meyer, Rudolf. Bona Fides und Lex Mercatoria in der europaischen Rechtstradition. Wallstein Verlag. Gotinga, 1994. (www.tldb.de)

16 Ver concepto de ideología como la formación de una "Nebelbildung", una "falsa conciencia" en Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Episteme y Derecho: una exploración jurídico-penal*. Editorial Comares, 2004. Granada, España. p.203 y ss.

se recurre a autores del Derecho internacional público como Louis Henkin o Phillip C. Jessup, éste último gestor del concepto de "Derecho transnacional". Esta generación de abogados de renombre, es la que le otorgaría legitimación al Derecho comercial internacional de la Cámara de Comercio. En palabras de Klaus Gunther, quien ilustra este proceso de consolidación definiendo el Derecho "como un proceso", el Derecho nace de los expertos, del *Juristenrecht* –principalmente de los expertos en Derecho, los cuales son generalmente profesores– y de ahí se solidifica hacia instituciones como el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional. Este es el caso de la *lex mercatoria*. La "santa palabra" de las distinguidas figuras que propugnaban la creación de un Derecho transnacional, con la densidad de sus carreras, habría de convertir el Derecho transnacional en la nueva cara del Derecho internacional. Similar al proceso de condensación que sufrió el Derecho de los glosadores hasta las codificaciones, o al proceso de construcción de los Derechos humanos, el Derecho del arbitraje comercial internacional nacería en los escritorios de los estudiosos del Derecho. De ahí que Trubek, Dezalay y Garth se refieran a esta generación como los "guardianes del templo" o los "grand old men".

Ahora bien, la *lex mercatoria* se refiere a una fuente del Derecho completamente privada. Ciertamente hay otras fuentes de carácter privado en materia comercial internacional, como UNIDROIT o los fallos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, la *lex mercatoria* se refiere más bien a un código jurídico objetivo, creado y utilizado por los sujetos de Derecho Privado. Con este fin, resulta interesante hacer un recuento de otro contexto comercial internacional en donde se aplica este lenguaje jurídico objetivo,

generalmente de enorme incidencia social sobre poblaciones enteras, pero de mínima difusión o conocimiento popular.

### III. El "Derecho Corporativo" de la segunda mitad del siglo XX

El año de 1945 representa un punto de quiebra para la humanidad. El 12 de abril de 1945, muere el presidente Franklin Roosevelt. Tres semanas más tarde, Alemania firmaba su capitulación. Dos meses después, en junio de 1945, se firmaba en San Francisco, California, el Estatuto de la Organización de las Naciones Unidas. Desde el 17 de Julio hasta el 2 de Agosto de 1945, Winston Churchill, Harry S. Truman y Joseph Stalin se reunían en Potsdam, y empezaba a caer sobre el mundo la "cortina de hierro" de la que hablaba Churchill. El seis de Agosto de 1945 se lanzó la primera bomba atómica sobre Hiroshima. Se iniciaba una nueva era para la historia de la humanidad. Impulsados por una carrera expansionista, las potencias centroeuropeas habían descargado las tensiones acumuladas de doscientos años de industrialismo en dos guerras mundiales. La segunda marcó, de manera definitiva, el punto de quiebra del siglo XX. Ya marcada claramente la amenaza atómica y definida la dinámica social bajo la cual se gestaría el orden social del la segunda mitad del siglo, el orden económico mundial mostraría características de las relaciones estatales que subsisten al día de hoy, como la presencia hegemónica de los Estados Unidos, por ejemplo.

Ya bien entrado el siglo XX, la política del New Deal de Roosevelt y el Plan Marshall produjeron un cambio en la concepción del Estado. Poco a poco, se comenzó a construir el "Estado empresario", lo que implicaba un papel más activo del Estado en las economías locales. En el plano del tercer mundo, en donde

paulatinamente –aproximadamente en un plazo aletargado de unos veinte años- se fue absorbiendo este movimiento, la influencia en la concepción del Estado como empresario originó una nacionalización de los recursos del Estado, entre ellos el suelo y el subsuelo. Como resultado de este movimiento de nacionalización de los recursos, surgieron conflictos, especialmente en el campo del petróleo, entre las empresas que explotaban el petróleo, y que de ahora en adelante se veían forzadas a explotar estos recursos en calidad de concesionarios, y los Estados nacionales, que habían monopolizado el uso del subsuelo. Esta época, que puede ser delimitada en la década de los sesentas especialmente, constituyó un “boom” en el arbitraje comercial internacional. Muchos de los conflictos de construcción o materia de petróleo con Estados del Medio Oriente, fueron dirimidos en tribunales arbitrales ad hoc, los cuales ganaron gran popularidad. Adicionalmente, el grado creciente de especialización y experiencia del gremio de los abogados que se dedicaban al arbitraje comercial internacional le permitió a las partes involucradas encontrar un ambiente en donde se les proporcionara una solución aparentemente neutral, expedita y eficiente.

El perfil del grupo de abogados de renombre, especialistas en arbitraje comercial internacional, surgidos con el boom de los petrodólares, no difería mucho de las características con las que definimos a los "Grand Old men". Su situación como actores políticos difería, sin embargo, en un aspecto

muy importante: su carácter de "agentes dobles". A diferencia de los profesores de Derecho privado de Europa, como Berthold Goldman o Clive Schmitthoff, los grand old men del tercer mundo poseían una gran influencia sobre el ámbito estatal.<sup>17</sup> Algunos árbitros "Grand Old Men" pero del Tercer Mundo eran Ahmed El-Kosheri de El Cairo, el Juez Mohammed Bedjaoui de Algeria, el Juez Khaled Kadiki de la Corte Suprema de Libia, y el juez uruguayo de la Corte Mundial, Eduardo Jiménez de Aréchaga.

De esta manera, el arbitraje comercial internacional se volvió más específico, con la figura de personajes del arbitraje dedicadas de manera permanente a la promoción de este tipo de arreglo de controversias. Al día de hoy, la Cámara de Comercio puede ser identificada plenamente como una institución<sup>18</sup>.

En el caso del tercer mundo, el arbitraje comercial internacional, y las figuras que lo materializan, poseen en su mayoría, un papel de “agentes dobles”. Por un lado, son figuras reconocidas en el medio por haber llevado cargos públicos, y por el otro lado, el acceso a esta información les permite desenvolverse como consultores privados.

Cabe preguntarse si como parte del aparente resquebrajamiento de la incidencia estatal sobre las decisiones jurídicas de una economía, se puede evidenciar la transformación del Estado hacia nuevas formas jurídicas mediante el surgimiento de órganos internacionales de resolución alternativa de conflictos.

---

17 Este carácter de doble agente, es lo que Trubek y Dezalay llaman -por influencia de Bordieu-, “legal fields”: “Por “legal field” (campo legal), se entiende no sólo el ensamble de instituciones y prácticas mediante las cuales se produce la ley, sino también el conjunto de éstas que la interpretan y la incorporan al proceso de debate y de decisión social.” Ver Trubek, David M y Dezalay, Yves. Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. Case Western Reserve Law Review. Vol. 44, Fascículo 2.

El primer antecedente importante en la normativa internacional de arbitraje son los protocolos de Ginebra suscritos por la Sociedad de las Naciones. Por iniciativa de la Sociedad de las Naciones, se inició un proyecto que consistía en la elaboración de una Convención que reconociera la validez de las cláusulas arbitrales. Este proyecto dio como resultado el Protocolo suscrito en Ginebra el 24 de setiembre de 1923, el cual entró en vigencia el 29 de julio de 1924, conocido como el *Protocolo Relativo a las Cláusulas Arbitrales en Materia Comercial*. Este protocolo se conoce también como el protocolo de Ginebra de 1923. Poco tiempo después, en 1927, se sintió la necesidad de regular la ejecución y el cumplimiento de los acuerdos de arbitraje que se hubieren firmado bajo el marco de dicho protocolo. Es por esta razón que el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, por medio de un Comité de Expertos, redactó un proyecto de Convención que regulaba la fase de ejecución de los acuerdos arbitrales firmados bajo el amparo del Protocolo de 1923, el cual fue abierto a firma de los Estados miembros el 26 de setiembre del mismo año, y entró en vigor el 25 de julio de 1929. La problemática surgida a raíz de las dos Convenciones de Ginebra, la de 1923 y la de 1927, comenzó a aglutinar a los sectores comerciales alrededor de las convenciones estatales. De esta manera, organizaciones como la Cámara de Comercio Internacional, comenzaron a ganar presencia ante la Sociedad de las Naciones. Santos Balandro nos ofrece su punto de vista, desde una postura que, sin duda, evoca la teoría del pluralismo

jurídico y de la Escuela del Derecho Libre que acabamos de estudiar: “En ese momento, la Cámara de Comercio Internacional CCI resultó el portavoz de un movimiento de opinión de los sectores económicos interesados en el arbitraje. Integraba una tendencia que negaba el carácter exclusivamente estatal del Derecho y postulaba el reconocimiento de otra fuente de producción jurídica representada por la autonomía de la voluntad”<sup>19</sup> Ya para 1945, la Organización de las Naciones Unidas estaría constituida tal y como la conocemos hoy. De esta manera, en 1953, la Cámara de Comercio Internacional, cuya Corte Internacional de Arbitraje ya estaba en funcionamiento desde 1923 y poseía cierta experiencia en la materia, redactó un informe sobre la ejecución de las sentencias arbitrales internacionales. Este documento de la Cámara de Comercio Internacional sería presentado ante el Secretario General de las Naciones Unidas, el cual lo trasladó al Consejo Económico y Social en 1954. Después de haber sido estudiado por un Comité de Expertos, (y de habersele dado audiencia a los Estados miembros y a institutos especializados de Derecho comparado como UNIDROIT, para que emitieran su opinión con respecto al informe), el informe pasó, finalmente, a ser debatido en la Conferencia de Plenipotenciarios realizada en Nueva York del 20 de mayo al 16 de Junio de 1958. Después de una acalorada deliberación, y de haber sido ratificada por tan sólo 10 Estados, el 7 de junio de 1959, entraría en vigor la Convención de Nueva York, el principal instrumento de Derecho internacional que regula el arbitraje comercial internacional.<sup>20</sup>

---

19 Santos Balandro, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Oxford University Press México DF SA de CV, 2000. México DF p.9. Ver esta obra para un marco histórico más detallado de la problemática de la normativa comercial internacional de la Sociedad de las Naciones.

20

Como vemos, el arbitraje como fenómeno transnacional, tiene como escenario inicial el contexto de la postguerra. Con la reconstrucción de Alemania, se puso en marcha en Europa la implementación del Plan Marshall, con la correspondiente cuota de influjo de inversión extranjera -especialmente estadounidense- que esto significaba para la economía local. Una de las tantas corrientes estadounidenses que llegó a transformar la estructura económica alemana fue la inserción del ejercicio de la profesión legal como actividad corporativizada en un ambiente en donde había sido ejercida de manera más “clásica”, personal y académica.

Años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, Paul Cravath, un abogado estadounidense, al observar la revolución técnica que los métodos de Henry Ford suponían para el diseño de la producción industrial, decidió incorporar los mecanismos de producción en serie al ejercicio de la profesión legal. Esto quería decir varias cosas: en primer lugar, la especialidad o, en palabras menos favorables de Ortega y Gasset, “la barbarie del especialismo” de cada uno de los integrantes del bufete.<sup>21</sup> Es decir, que cada abogado que formara parte de la firma, fuera un especialista de cada tema o materia jurídica que el bufete atendiera. Cravath se refería a su bufete como “la fábrica”. Su modo de operación, impulsado por una serie de “jóvenes irreverentes” como los llamó el periódico Times de Nueva York, causó revuelo en Nueva York. En segundo lugar, Cravath personificaba una actitud

pragmática hacia el Derecho. De acuerdo a la “american way of life”, ejercer la profesión suponía respuestas rápidas; una reacción pronta del bufete ante las demandas de sus clientes. De esta manera, el “cravathism” llegó a ser la manera en que las firmas legales estadounidenses llegaron a comprender su función como asesores legales.

Cravath Swain & Moore LLP (Cravath) es definitivamente, una de las más prestigiosas firmas legales en los Estados Unidos. Con su base de operaciones en la Ciudad de Nueva York, y con una oficina adicional en Londres, Cravath opera desde 1819. El bufete proviene de dos firmas anteriores, una en la ciudad de Nueva York y otra en la ciudad de Auburn, en las afueras de Nueva York. En 1854, estos bufetes se fusionaron para fundar “Blatchford, Seward & Griswold”. Uno de sus socios, William H. Seward, sirvió como senador y gobernador de Nueva York, y posteriormente ocupó el cargo de Secretario de Estado, tanto bajo la administración del Presidente Lincoln como la del presidente Andrew Johnson. En 1867, fue este abogado quien negoció la compra de Alaska a Rusia. Paul Drenan Cravath se unió a la firma en 1899. Fue él, como explicamos en el párrafo anterior, quien instituyó el “Sistema Cravath”, un riguroso plan de entrenamiento para asociados, el cual rotaba a los abogados recién graduados en cada una de las oficinas de los abogados socios, dentro de cada área de práctica específica. Después de una serie de cambios. Cravath, Swaine & Moore, se

---

21 Ortega y Gasset habla de esta manera de lo que él llama el hombre-masa: “No es un sabio, porque ignora formalmente cuanto no entra en su especialidad.; pero tampoco es un ignorante porque es un *hombre de ciencia* y conoce muy bien su porciúncula de universo”. Ortega y Gasset, José. La Rebelión de las Masas. Espasa-Calpe S.A. Decimooctava edición. Colección Austral. Madrid, 1969. p.106.

quedó como el nombre permanente de la firma a partir de 1944. Desde sus orígenes, Cravath ha representado íconos de la industria y del mercado, desde corporaciones como FB Morse -el inventor del telégrafo- hasta gigantes del mundo corporativo como IBM, Price Waterhouse Coopers, y la compañía de televisión norteamericana CBS. También realizó los actos necesarios para la constitución de la televisora NBC. En las décadas más recientes, Cravath ha representado a compañías de informática, tales como Netscape, que en un litigio contra Microsoft concilió por una suma cercana a los setecientos cincuenta millones de dólares. Resulta muy interesante comparar estas estimaciones multimillonarias con los presupuestos anuales y el PIB de los Estados Nacionales del Tercer Mundo, para darse una idea de la simetría en el poder de incidencia. Como si fuera poco, Cravath ha dirigido varios procesos de fusión y adquisición tales como la fusión entre las empresas automovilísticas Ford-Jaguar, o la fusión Bristol-Myers-Squibb, y dos demandas muy sonadas en los medios de comunicación, en las cuales una de las partes procede de un ámbito estatal significativo: una defendiendo a la cadena Time Inc., contra el israelí Ariel Sharon, y otra defendiendo a la televisora CBS contra el general de las fuerzas armadas estadounidenses William Westmoreland. Cravath, Swaine & Moore ha representado a compañías como el grupo AOL Time Warner, Bristol Meyers, IBM, Unilever y Vivendi Universal. Esta última es una compañía de telecomunicaciones francesa, de cuyo seno han salido –coincidentalmente– dos funcionarios muy importantes de la Cámara de Comercio Internacional: el actual secretario general de la CCI y el anterior presidente de la Cámara de Comercio Internacional, el francés Jean-René Fourtou.

La puesta en marcha del Plan Marshall vinculaba a los abogados estadounidenses con la sociedad europea. Tanto los abogados de los bufetes grandes de Estados Unidos, como los gerentes de las compañías estadounidenses que los contrataban, comenzaron a relacionarse y a formar familias con la población francesa y alemana. A su vez, comenzaron a buscar, en Europa, abogados o contadores que satisficieran las necesidades de las corporaciones que dirigían. Esto originó una nueva forma de ver el Derecho en países como Francia y Alemania. Se empezó a entender el bufete como un establecimiento de corte más comercial, y con una relación profesional menos personalizada y menos estrecha en la relación cliente-abogado. El giro comercial de los bufetes empezó a variar, ofreciendo una variedad de servicios adicionales, tales como contabilidad o asesoría tributaria. Cada uno de los abogados que conformaba el bufete se encontraba especializado en una materia específica, y su especialización le brindaba experiencia y antecedentes dentro de un rango de conocimiento cercano e inmediato, dentro del cual podía resolver la cuestión de hecho de una manera rápida y eficiente, invirtiendo menores costos y tiempo en la investigación, pero distanciándose un poco de la rígida relación personal con su cliente. Por otro lado, en Alemania, el culto de la Ciencia Jurídica seguía siendo ejercido por los legatarios de los glosadores. Haciendo uso de la ancestral relación entre Derecho y Religión, Yves Dezalay y Brian Garth explican la situación del ejercicio profesional en Francia y Alemania desde la figura de lo que ellos llaman “los sacerdotes del Derecho”. “Guardians of the temple” y “Grand Old men”, son dos términos que los autores acuñan para referirse a las “vacas sagradas” que forjaron la idea de un nuevo Derecho

comercial internacional.<sup>22</sup> Según explican los autores, en Europa, la función del jurista era un legado de sus ancestrales directos, los glosadores. Los profesionales en Derecho eran a su vez académicos, cuyos estudios en cada una de sus temas en materia civil consistían en tratados detallados y elaborados acerca de conceptos jurídicos comúnmente nominados según su ascendencia latina: “la actio”, “la exceptio doli generalis”, etc. Cuando se presentaba un caso, el cual se le mostraba al abogado de manera muy particular, por medio de una relación muy personal entre el jurista y su cliente, el primero disponía de tiempo para meditar acerca de la situación jurídica en específico, y para emitir finalmente el resultado de sus deliberaciones conforme al acompasado y minucioso trabajo que había realizado como producto de las necesidades de su cliente.

Sin embargo, con la inserción de capital estadounidense en Europa Central, las compañías americanas trajeron consigo su *modus operandi* y sus costumbres comerciales. Los abogados practicantes, y aquellos

individuos que habían permanecido inmersos en el quehacer diario de la ley (notificadores, registradores, abogados litigantes), empezaron a surgir como grandes protagonistas en la creación de la nueva costumbre jurídica, y a pesar de que antes habían sido vistos de reojo y con cierto desdén por parte de la comunidad jurídica, se convertían en un activo de gran valor para los bufetes americanos. De esta manera, los jóvenes discípulos de los “templos de derecho puro”, los “practitioners” como los llama Dezalay, empezaron a emigrar hacia fuera de los templos y hacia el derecho industrial, pragmático y corporativo que generaban las industrias de capital americano, desplazando a los grandes sacerdotes del derecho como fuente monopolística del estudio y la enseñanza del derecho. Esto obligó a los bufetes centroeuropeos tradicionales a dinamizarse y a reestructurar su forma de ejercer el Derecho. Algunos lograron desenvolverse en esta transición, al punto de que el bufete “híbrido” (con capital estadounidense e inglés) más grande de Europa, y el segundo más grande del mundo, Clifford Chance, emplea hoy en día a cerca de mil cien abogados.

---

22 En ese sentido, Yves Dezalay, David M. Trubek y Brian C. Garth, son tres autores que han trabajado en forma conjunta el tema de los bufetes corporativizados, descendientes de los métodos de Cravath, como actores principales de los fenómenos sociales del Derecho de la segunda mitad del siglo XX. Como discípulos del sociólogo francés Pierre Bordieu, el *approach* de Garth y de Dezalay tiene una gran influencia estructuralista. Esto representa una influencia metodológica cuantitativa y cualitativa importante. Por ejemplo, la metodología utilizada para su reveladora obra, consistió en más de trescientas entrevistas con abogados ligados al mundo del arbitraje. Su aproximación a la investigación del arbitraje y a las ciencias sociales en general, consiste en analizar y hacer observaciones acerca del sistema social, pero siempre con referencias específicas a ejemplos individuales. Es por esta razón que en su obra existe una constante ejemplificación de los fenómenos sociales mediante resúmenes de la vida profesional o conexiones personales de los principales actores políticos del arbitraje. Dezalay es sociólogo y director de investigación en el *Centre national de la recherche scientifique*, ligado al *Centre de sociologie européenne de la Ecole des hautes études en sciences sociales* y al *Collège de France*. Garth es un abogado de Chicago. Antes de asociarse a la barra norteamericana, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Indiana en Bloomington. Ver Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational legal order*. The University of Chicago Press, 1996. Chicago, Illinois; Trubek, David M y Dezalay, Yves. *Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas*. Case Western Reserve Law Review. Vol.44. Fascículo 2.



De esta manera, el estilo corporativo de las firmas legales o contables, ya no sólo en Estados Unidos o en Europa, sino como un modelo de ejercicio de la profesión que ha sido absorbido mundialmente, constituye un factor de las relaciones internacionales y de la globalización que vale la pena analizar. El fenómeno de la recepción del “método cravath” para el ejercicio de la profesión legal no es un fenómeno propio o único de la Europa central de la segunda mitad del siglo XX. Este fenómeno, con distorsiones y variables que lo hacen único en cada región, ha sido una dinámica de alcances mundiales. El ejercicio corporativo de la abogacía en países o regiones como Indonesia, Egipto, India, China, Suecia y Latinoamérica, presenta particularidades propias que están íntimamente relacionadas con las formas culturales preexistentes a la llegada de los bufetes americanos. En una escala menor a lo que representó la acepción del Estado Moderno, cada región presenta una distorsión distinta –un resultado social distinto– con relación al modelo que provenía de la otra sociedad que lo creó. Cada resultado social es producto de una mezcla social particular. En este sentido, resulta muy interesante las conclusiones a las cuales llega el *case study* de Dezalay y de Garth. El mismo examina la inclusión del arbitraje comercial internacional en países como Algeria, Lybia o India y compara estos casos con países de economías más desarrolladas tales como Suecia, Hong Kong

y China.<sup>23</sup> En relación con la incorporación de los bufetes estilo primer mundo en el Tercer Mundo, los autores llegaron a una conclusión similar, y hablan de una “caricaturización” del fenómeno legal propia para cada región.<sup>24</sup> Es curioso como la adaptación del fenómeno jurídico a cada sociedad se parece al problema de la transdisciplinariedad de las ciencias. Así como no existe una traducción fidedigna para trasladar un idioma a otro, o de la misma forma en que las ciencias no pueden comunicarse sino al producir una nueva forma de ciencia, cada sociedad tiene su forma particular de adaptar el mundo jurídico corporativo a su entorno social. Surge así, cada vez, una forma distinta de distorsionar o caricaturizar el Derecho. ¿Estaremos cambiando los emblemas, las banderas y escudos nacionales, por *logos*, *slogans* e imágenes corporativas?

Grandes bufetes, como Baker & McKenzie “el más grande del mundo– o Morgan & Morgan; bloques de presión o asociaciones de abogados, como Global Law, Lexis Nexis o Lex Mundi, con operaciones a una escala mundial y con una planilla de cientos“ y a veces hasta miles– de abogados, tienen un alcance y una influencia notable sobre las dinámicas sociales. Baker & McKenzie, por ejemplo, es un bufete fundado por dos abogados de Nuevo México, Russell Baker y John McKenzie, con cerca de 3000 abogados asociados, y 8400 profesionales de otras profesiones. Ha

---

23 Naturalmente, hacemos la aclaración de que “desarrollado” procede de una nomenclatura de teoría del desarrollo ya superada. Hoy en día se reconoce de forma más general, que el desarrollo o la calidad de vida responde a muchos factores y no sólo al económico. Hay varios términos políticamente correctos, que la teoría del desarrollo ha ideado como sinónimos a la pobreza (desde los términos ya superados, como “economías subdesarrolladas” o “tercer mundo” hasta eufemismos conscientes como “países en vías de desarrollo”, “economías de escala”. Para no hacer una digresión y no enredarnos en lenguaje iushumanista, reconocemos el hecho de que esta terminología será usada de manera indistinta en el presente trabajo.

24 Dezalay, Garth. Op. cit. p. 240.

representado a multinacionales tan grandes como Abbott Laboratories, y ha servido como intermediario en fusiones y adquisiciones enormes, tales como la compra de Boeing por otra compañía, Mc Dowell Douglas; la fusión de AOL con la televisora Time Warner; la fusión de las compañías de telecomunicaciones MCI y Worldcom; la fusión de la compañía de telecomunicaciones Lucent con otra compañía de telecomunicaciones, Ascend.

Su doble carácter de corporación multinacional y de representante de los intereses corporativos, una especie de “agentes dobles”, le otorga a los bufetes una flexibilidad y una posición bastante ventajosa. Esta “capacidad para incidir”, es decir la capacidad de la comunidad de abogados para incidir sobre otros sectores sociales, es lo que en terminología de Garth y Dezalay podemos entender como “campos legales” (“legal fields”). Esta terminología proviene del autor deconstructivista francés Pierre Bourdieu, quien habla en términos sociológicos -no tan relacionados a la actividad jurídica- de “campos sociales” o “social fields”.

El bufete de Baker, empezó en Nuevo México con la idea de suplir de mano de obra inmigrante a las empresas de Texas. Es interesante ver como su círculo de injerencia logró incidir no sólo sobre el funcionamiento de su empresa, sino también sobre su ambiente social, transformando una ciudad entera, y constituyendo un lenguaje jurídico particular que hoy empieza vulgarmente a llamarse

dentro del lenguaje de los abogados como “derecho corporativo” o “derecho empresarial”. Se habla también de la “McDonalización del Derecho”<sup>25</sup>. El sistema social jurídico, el lenguaje de los abogados transnacionales, el arbitraje internacional y del derecho corporativo, es un sistema social de alcance mundial. Tomando en cuenta que el arbitraje contiene principios que resultan muy atractivos para las empresas, especialmente la confidencialidad, es importante que estos sistemas sociales de resolución alterna de conflictos generen confianza en las poblaciones sobre las cuales tendrán efecto, que se garantice su a fin de que puedan generar legitimación. Son recurrentes los análisis que hacen una lectura vertical-horizontal del fenómeno mercantil, generando una oposición a veces hasta innecesaria.

#### IV. El caso latinoamericano

La “época postmoderna” supone cambios cuantitativos de tal magnitud que inciden directamente sobre la cualidad de los métodos y la racionalidad de las personas<sup>26</sup>.

Algunos autores, comparan el frenesí de la humanidad hacia la productividad con un individuo quien, afanado en cortar las ramas de un árbol de manera eficiente, no se da cuenta que está cortando la rama en la cual está sentado. *El medio no es un fin, sino que el fin decide sobre los medios.*<sup>27</sup> La idea inicial de vender un bien y recibir una correspondiente retribución monetaria se convierte con el

25 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Op.cit. p.203 y ss.

26 El término “postmoderno” adolece de una tremenda ambigüedad. Sin embargo, aludimos al concepto como una forma de hacer referencia, en términos generales y abstractos, a las relaciones de producción y el desarrollo de las técnicas de producción en masa propias de la segunda mitad del siglo XX.

27 Hinkelammert, Franz J. El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido. Editorial Universidad Nacional. San José, 2003.

despegue comercial en una política empresarial de *marketing* de magnitudes mundiales. Las ideas no se modifican en sustancia, pero su proporción y aumento cuantitativo hace que se vean obligadas a redefinirse. Esto hace que una empresa cuya meta inicial era la simple idea de vender galletas o zapatos se convierta con el tiempo en una transnacional con intereses políticos que afectan la esfera cotidiana de una inmensa cantidad de gente. La post-modernidad permite la transformación del trueque en el capitalismo, pero, sorprendentemente es –a la vez– producto de ésta. De igual manera que la “economía monetaria” ensancha las posibilidades del mercado, éste se convierte en una red de comunicación con una lógica propia.

Ahora bien, la postmodernidad y los avances tecnológicos no son sólo mecanismos productivos destinados al caos y al abuso de los recursos naturales. Son instrumentos que le han permitido y le permiten a la humanidad, día con día, alcanzar metas en cada disciplina y propósitos que mejoran la calidad de vida y conseguir logros sociales que en otras épocas hubieran sido inimaginables.

Como parte de un cambio radical de circunstancias históricas y contextos sociales, es necesario que el Derecho costarricense se formule una postura consensuada ante la categórica transformación social que vive el entorno en donde el abogado costarricense debe practicar el Derecho.

El contexto ya presenta fenómenos, tanto de manera particular como social.

Por un lado, después de haber sufrido serios enfrentamientos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), institución de arbitraje del Banco Mundial con sede en Washington, especialmente debido a casos relacionados a contratos de administración del recurso hídrico con concesionarias globales como Bechtel, conocido como el caso Aguas del Tunari en Cochabamba, Estados Nacionales como Bolivia, Venezuela y Ecuador empiezan a separarse de las convenciones internacionales de Arbitraje, con la intención a crear sus propios Centros de Arbitraje regionales en el cono sur. Principios como la confidencialidad de las resoluciones arbitrales y lo cerrado de los círculos arbitrales desincentivan a los Estados latinoamericanos a recurrir a estos procedimientos. No obstante, es importante que Latinoamérica no reproduzca modelos de antagonismo ideológico propios de la etapa de la guerra fría y de la época posterior a la segunda guerra mundial. Ante la derrota electoral de los sandinistas en Nicaragua, del desencantamiento de la revolución cubana, el colapso del socialismo en Europa del Este, la caída del muro de Berlín y la desintegración de la Unión Soviética en 1991, tal vez sea posible que nuestra región finalmente entienda que las discusiones polarizantes sobre el papel del Estado sólo dividen a nuestros países ante ideologías, dejando de último la pronta resolución de los problemas prácticos de la región.<sup>28</sup> Algunos analistas internacionales –tal vez asediados por viejos fantasmas ideológicos– han comenzado a hablar de la *nueva guerra fría*, cuando en realidad Latinoamérica finalmente experimenta una

---

28 Ver Forrest D. Colburn. *Latin America at the End of Politics*. Princeton University Press, 2002.

fase de representación democrática y electoral muy distinta a la que tuvieron que soportar generaciones anteriores.

Por otro lado, se presenta una situación inmediata en el ejercicio diario de la profesión.

Muchos abogados ya no ejercen la profesión de manera personal, de acuerdo a la tradición civil. Su actividad se ve permeada por una serie de factores históricos, dentro de los cuales debe tomarse en cuenta la institución mercantil de la sociedad anónima como una nueva forma de hacer su contribución profesional. Por esta razón, por ejemplo, si el Derecho costarricense tuviera la intención de sujetarse rigurosamente a formalidades notariales, arraigadas en métodos de Derecho Civil consagrados en la Europa de la época de la Restauración del siglo XVIII, cuando actualmente hay bancos de alcance global realizando transacciones masivas en cuestión de horas, sólo afectará la forma en la que el Derecho debe perpetuar su existencia en la dinámica social; aferrarse a los códigos de deberes morales del Colegio de Abogados, prohibiéndole al abogado que se anuncie públicamente, si éste propone que el abogado ejerza su función fuera de la corporación jurídica,

ignora el hecho de que las empresas jurídicas se han convertido en una fuente de ejercicio de la profesión muy importante. Regular el cuadro contractual con base sólo en la tipicidad de los contratos civiles y la doctrina en nuestra jurisprudencia, ante la influencia de negociaciones no previstas en la legislación civil, sólo generará una serie de anomalías y patologías negociales. Contratos que normalmente se denominan atípicos, como el contrato de franquicia, el joint venture u otros derivados del Common Law, son contratos con una aplicabilidad generalizada de ya casi 30 años, y el derecho costarricense debe mantenerse a tono con las costumbres comerciales internacionales. Nuestras instituciones jurídicas, tanto los supremos poderes como los órganos propios de la función jurídica o notarial, han sabido adaptarse a este nuevo orden de las cosas. Desconocer la transformación del Derecho y su posibilidad de evolucionar es destinarlo a su obsolencia.

En conclusión, la certeza de que el Estado se encuentra en transformación nos da la oportunidad de esperar que el nuevo Estado en construcción, o el híbrido de éste con la corporación empresarial, pueda ser instaurado sobre bases democráticas y solidarias.

## **Bibliografía**

Berman, Harold J. *Recht und Revolution, die Bildung des westlichen Rechtstradition*. Trad. del inglés al alemán de Hermann Vetter. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 539.

Black's Law Dictionary, p.1138, citado por: Solano Porras, Julián. La lex mercatoria: sistema romano civilista y sistema del Common Law. *Revista Judicial*. Año XXII, N° 76, Setiembre de 1999. San José Costa Rica. P.13.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá. 1999.

Colburn, Forrest D.. *Latin America at the End of Politics*. Princeton University Press, 2002.

Courtis, Christian. *Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas*. en: AAVV Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú. José F. Palomino Manchego (director). *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*. Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú. 1999.p.262.

De Sousa Santos, Boaventura. *Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation*. Butterworths Lexis Nexis, 2nda Edición. 2002. Londres, Reino Unido, p.209.

*Deutsche Geschichte in Quellen und Darstellung. Band 7: vom Deutschen Bund zum Kaiserreich (1815-1871)*. [*Historia Alemana con Fuentes e Ilustraciones. Tomo 7: De la Liga Alemana al Imperio. (1815-1871)*] Edit. Phillip Reclam. Stuttgart, 1997.p.151

Frigiani, Aldo. *Il Diritto del Comercio Internacionale*, citado por Solano Porras, Julián. *Ibidem*.

Guier, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*. Tomo II, p.599. Edit. Costa Rica. 1968.

Hinkelammert, Franz J. *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Editorial Universidad Nacional. San José, 2003.

McLaren Magnus, Rosemarie. *Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Agosto, 2003. Tesis 22650.

Meyer, Rudolf. *Bona Fides und Lex Mercatoria in der europaischen Rechtstradition*. Wallstein Verlag. Gotinga, 1994. ([www.tldb.de](http://www.tldb.de))

Mosset Iturraspe, Jorge. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Kubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. pp110-116.

Mustill, Michael. *The New Lex Mercatoria: The First twenty-five years*. Kluwer Law International. ([www.tldb.de](http://www.tldb.de))

Ortega y Gasset, José. *La Rebelión de las Masas*. Espasa-Calpe S.A. Decimoctava edición. Colección Austral. Madrid, 1969.

Pérez Vargas, Víctor. *La lex mercatoria*. Conferencia Académica de Inauguración del Curso de Arbitraje Comercial del Centro latinoamericano de Arbitraje Empresarial y Universidad para la Cooperación Internacional. 21 de Enero de 2002. San José. Costa Rica.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Episteme y Derecho: una exploración jurídico-penal*. Editorial Comares, 2004. Granada, España. p.203 y ss.

Romano, Santi. *El Ordenamiento jurídico*. Segunda edición, traducción de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

Santos Belandro, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Oxford University Press México D.F. S.A. de C.V., 2000. México D.F.

Sassen, Saskia. *Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization*. Columbia University Press, Nueva York, 1996.

Teubner, Gunther. *Recht als autopoietisches System*. Suhrkampf. Frankfurt am Main. 1989.

Trubek, David M y Dezalay, Yves. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational legal order*. The University of Chicago Press, 1996. Chicago, Illinois.

Trubek, David M y Dezalay, Yves. *Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas*. Case Western Reserve Law Review. Vol.44. Fascículo 2.

Von Ihering, Rudolf. *El fin en el Derecho*. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1960.

Wieacker, Franz. "Supuestos históricos y paradigmas de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales." *Revista de Derecho Privado española*. Tomo 66; Enero-Diciembre, 1982, Madrid. Pp.899-912.



