

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 97

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

SUMARIO

Presentación.....	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
La instigación al suicidio en el código penal costarricense.....	11
Dr. Álvaro Burgos M.	
El protocolo de Tegucigalpa y la jurisdicción de la corte centroamericana de justicia.....	21
Dr. Enrique Ulate Chacón	
La responsabilidad civil extracontractual del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito o de un delito.....	35
M.sc. Yuri López Casal	
Principios ambientales y jurisprudencia constitucional	77
Lic. Luis Albán Arias	
Análisis del régimen jurídico de las aceras en Costa Rica	97
M.sc. Adolfo Johanning Pérez	
La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: Avances concretos en la organización de las Naciones Unidas	129
M. Sc. Alfonso Chacón Mata	
¿Es conveniente el amparo contra las resoluciones judiciales?	169
Dr. Fernando Zamora Castellanos	
Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contenciosa administrativa	175
M.sc. Mario Peña Chacón	
El control previo de constitucionalidad. Garantía primigenia de los derechos fundamentales.....	211
M.sc. Ronaldo Hernández H.	
La muerte de sir Ian Brownlie: el mundo del derecho internacional público en duelo.....	223
Dr. Nicolas Boeglin	
El orden del día como límite de orden público de la competencia de las asambleas no totalitarias de las sociedades anónimas.....	227
Dr. Víctor Pérez Vargas	



PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

La Revista Judicial, en su edición 97, correspondiente a septiembre 2010, presenta estudios sobre Derecho Penal, Derecho Laboral, Propiedad Intelectual, Derecho Público, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Ambiental, Responsabilidad Civil y Derecho de Sociedades.

Álvaro Burgos, Doctor en Derecho Penal y Criminología, Máster en Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Universidad de Costa Rica, Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE, nos ofrece **LA INSTIGACIÓN AL SUICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE**, donde, después de explicar magistralmente la instigación en general, analiza el significado de la figura del instigador al suicidio (descrita en el artículo 46 del código penal) y los diferentes contenidos para que ella se cumpla, como lo son la pluralidad de sujetos, de conductas, la existencia de objeto material, un resultado, los elementos psicológicos y una sanción.

El Dr. Enrique Ulate Chacón, miembro del Tribunal Agrario y Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Universidad de Costa Rica, aporta su trabajo **EL PROTOCOLO DE TEGUCIGALPA Y LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA**; nos explica que la Corte Centroamericana de Justicia (que es el órgano jurisdiccional supranacional del Sistema de la Integración Centroamericana, encargado de velar por la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario Centroamericano) tiene una competencia y jurisdicción muy amplia, "...con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el «Sistema de la Integración Centroamericana», y para sujetos de derecho privado". Finalmente, analiza la situación del Estado de Costa Rica y sus ciudadanos, ante la Corte Centroamericana de Justicia, según la Jurisprudencia constitucional y nos da cuenta de los casos donde la Sala Constitucional ha reconocido la formación de un Derecho Comunitario institucional.

El M.Sc. Yuri López Casal, Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas, Máster en Derecho Civil (LL.M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg de la República Federal de Alemania, nos brinda sus reflexiones sobre **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL DUEÑO DEL VEHÍCULO CAUSANTE DE UN PERCANCE DE TRÁNSITO O DE UN DELITO**. El autor sostiene que nuestra jurisprudencia no ha sido lo suficientemente clara y unívoca sobre la interpretación de las normas jurídicas que contemplan la obligación de indemnizar daños y perjuicios por parte del dueño del vehículo que causó el accidente, cuando una persona que conduce un vehículo

ajeno causa un daño o un delito por manejarlo culposamente y luego el damnificado ejerce su pretensión resarcitoria contra el propietario del vehículo, que no lo conducía en el momento en que tuvo lugar el percance de tránsito o el delito; su aporte está dirigido a aclarar cómo y con base en cuáles disposiciones normativas es que responde civilmente el propietario del vehículo que causa daños (patrimoniales y extrapatrimoniales) y perjuicios a otra persona; así, si el damnificado logra demostrar la configuración de alguno de los supuestos que establece el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, entonces el propietario del vehículo causante del percance de tránsito o del delito responde de manera solidaria (junto con el conductor del automotor) y plena (con la universalidad de su patrimonio) y con el valor total de los daños que el Juez le conceda al damnificado por el daño inflingido al sujeto perjudicado. No comparte el criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, externado en la sentencia número 578-F de las 10:45 horas del 17 de setiembre de 2003, de acuerdo con el cual el artículo 187 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y que ahora corresponde al numeral 188 inciso b) de esa misma ley, es una norma que establece responsabilidad civil objetiva a cargo del propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito. Sin embargo, explica que “es el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil y no el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres el que establece un régimen de responsabilidad civil objetiva a cargo del dueño del vehículo causante de la colisión” y el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472 de 20 de diciembre de 1994. Finalmente, se refiere al concurso de pretensiones resarcitorias en los casos de responsabilidad civil del propietario del vehículo. “De acuerdo con el concepto y características materiales y procesales de la doctrina alemana de la “Anspruchskonkurrenz”, las normas legales que legitiman al damnificado a reclamar al propietario del vehículo el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el automotor de su propiedad no se excluyen entre sí ni tampoco se derogan tácitamente entre ellas, sino que concurren de manera alternativa o subsidiaria y pueden hacerse valer conjuntamente en una misma demanda o acción civil resarcitoria con base en lo dispuesto por el artículo 123 del Código Procesal Civil” –concluye-.

El M.Sc. Eric Briones Briones, Profesor de Maestría en Derecho Laboral, colabora con su novedoso estudio titulado **EL SISTEMA GPS DENTRO DEL DERECHO LABORAL**. Nos hace ver que con el “Sistema Global de Navegación por Satélite”, se puede determinar en cualquier rincón del planeta la posición de un sujeto u objeto, con más o menor un error de margen de alguno centímetros”. Analiza el nexo entre la fiscalización patronal (pues el empleador puede desarrollar actividades de monitoreo y control) y la libertad que ostenta en algunas relaciones el trabajador, así como los límites al derecho fundamental, a la intimidad y al respeto de su dignidad. A su juicio, el tema se vincula directamente con la jornada laboral. En su opinión, “cuando el patrono opte por implementar sistemas de monitoreo vehicular o GPS Bluetooth en los celulares, el trabajador pierde no solo su privacidad personal, sino que pasa de un sistema de no fiscalización a uno inmediato y por ende queda excluido de la excepción que ostenta el artículo 143 del Código de Trabajo y por ende su jornada ordinaria pasa de 12 horas a 8 horas con el consecuente pago de la jornada extraordinaria en caso de excederse de la ordinaria pactada”.

El Licenciado Luis Albán Arias, Profesor de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho Comercial, participa con **PRINCIPIOS AMBIENTALES Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**, realiza su exposición refiriéndose al Derecho Ambiental, a su transversalidad en el Ordenamiento y a sus características (Espacialidad singular, sancionatorio-preventivo, técnico, redistributivo y preeminentemente colectivo) y a sus principios (Solidaridad, integración, compensación, precaución e In dubio pro naturaleza), ratificados por la Sala Constitucional.

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACERAS EN COSTA RICA, es el título del artículo del M.Sc. Adolfo Johanning Pérez, abogado de la Contraloría General de la República. El autor sostiene que las normas de la Ley de Tránsito se tornan inaplicables simplemente porque las entidades competentes han dejado de lado al peatón en sus procesos de planificación, construcción y fiscalización de vías públicas, lo cual ya ha cobrado muchas muertes en las calles de nuestro país. Su aporte al tema tiene el fin de dotar de insumos a las instituciones encargadas y, especialmente, a los ciudadanos, para exigir las aceras y los elementos de seguridad peatonal que tanto requieren las carreteras costarricenses. Comenta las características que deben tener las aceras y se aboca al análisis de su naturaleza jurídica de conformidad con la jurisprudencia. Critica la tesis de que las aceras constituyen una servidumbre. Seguidamente analiza las responsabilidades de los sujetos participantes en la construcción de aceras. En sus conclusiones afirma. “La correcta construcción y adecuado mantenimiento de las aceras debe permitir un tránsito de las personas de manera libre y segura, posibilitando que todos puedan cubrir sus necesidades de desplazamiento, sin discriminación alguna. De ahí que, contar con aceras en buen estado, de un ancho determinado y sin obstáculos, se encuentra especialmente vinculado al derecho fundamental de garantizar la igualdad de las personas con discapacidad; razón por la cual este tema ha adquirido una especial y necesaria relevancia en nuestro país”.

El aporte del M.Sc. Alfonso Chacón Mata, Abogado especialista en derechos humanos y laborales, Profesor Filosofía del Derecho, Universidad de Costa Rica, se denomina **LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A TRAVÉS DEL DESARROLLO DE INDICADORES: AVANCES CONCRETOS EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**. Se refiere a la necesidad de elaborar un sistema adecuado de indicadores que vengán a establecer cuáles son los parámetros mínimos que deben respetar y cumplir los Estados en sus políticas cotidianas. Nos habla de algunos derechos que se admitido como exigibles y como contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (derecho de organización de los trabajadores y derecho a la educación). Sostiene que los indicadores estadísticos son un poderoso instrumento en la lucha por los derechos humanos y nos habla de su constante reconstrucción. Nos reseña diferentes apreciaciones que se han vertido con relación al uso y práctica de los indicadores de estos derechos, dentro del sistema universal de derechos humanos. En sus conclusiones afirma que estos mecanismos han servido para precisar, detallar y respetar un “contenido mínimo” de prestación brindada para su disfrute, por lo que asegura: “restaría incorporar en el futuro a las normas de derecho internacional que tutelen los derechos, económicos, sociales y culturales, los criterios indicativos o delimitantes sobre los que se va a basar la justiciabilidad de la obligación. De esta manera, daremos sustento normativo a una realidad que a ciernes se viene implementando en el sistema universal de derechos humanos, y que tan evidente es, que se hace imposible ignorarla”.

¿ES CONVENIENTE EL AMPARO CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES? se pregunta el Dr. Fernando Zamora Castellanos, Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT y Profesor Universitario. Para responder a esta cuestión parte de la premisa de que es aconsejable que la jurisdicción constitucional abarque aquellas expresiones de la actividad jurídica en las que el virtual alcance de la norma fundamental pueda verse afectada o transgredida, tanto por particulares como por entes públicos, para llegar a la conclusión de la conveniencia de establecer las transformaciones legales, institucionales y jurisprudenciales para que en nuestro ordenamiento sea viable el amparo contra las resoluciones judiciales

M.Sc. Mario Peña Chacón consultor legal ambiental, profesor de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, contribuye con **ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL APLICABLES EN LA NUEVA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**. Sus palabras iniciales merecen reproducirse aquí: “es necesario que los procesos donde se ventile la responsabilidad por daño ambiental, cuenten al menos con un sistema de legitimación procesal abierto donde se reconozcan los intereses difusos y colectivos, con normas especiales para su correcta integración y conformación; también es necesario dotar de mayores poderes al juez para la toma de medidas cautelares de forma expedita e inmediata que prevenga el posible daño o en su caso, paralice sus efectos, aún en aquellos supuestos científicamente inciertos”. Nos habla, primero, del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, del cual resume con extraordinaria claridad sus características e innovaciones. Trata, separadamente, la responsabilidad pública y la responsabilidad por daño ambiental de la Administración, tanto activa como omisiva, para llegar al tema central de orden procesal, los cuales analiza con particular detalle y profundidad.

El M.Sc. en Derecho Público Ronaldo Hernández, Especialista en Derecho Mercantil y Doctorando egresado de la Universidad de Costa Rica (de cuyo anterior trabajo sobre Cementerios Públicos hemos recibido los mejores elogios) nos ofrece, esta vez, **EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD. GARANTIA PRIMIGENIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**, donde nos habla sobre las consultas de constitucionalidad de fuente legislativa, cuya finalidad es establecer un control a priori de los proyectos de ley, tanto en su forma como en contenido, siendo que los vicios detectados por la Sala son vinculantes para la Asamblea Legislativa y, en consecuencia, se tienen por eliminadas del respectivo proyecto aquellas normas que se hayan aprobado con violación de requisitos y procedimientos constitucionales o reglamentarios esenciales. El Máster Hernández nos indica que el objeto de la consulta radica en requerir el criterio, juicio o dictamen u opinión de la Sala sobre la constitucionalidad del contenido y procedimientos de determinados proyectos lo cual, sin duda alguna, fortalece y protege los derechos fundamentales, flexibilizados, desarrollados e instrumentalizados en leyes ordinarias. Seguidamente, comenta los diversos momentos del trámite de la consulta de constitucionalidad. Concluye afirmando que “La función que ejerce la Sala en este caso no es política, sino más bien de garante de la Constitución Política, previamente sí, pero en igual sentido, nada más en el tiempo que se externa el criterio del órgano jurisdiccional, o sea durante el trámite del proyecto de ley, pero que la realidad ha impuesto que es necesario y útil al ordenamiento jurídico costarricense”.

LA MUERTE DE SIR IAN BROWNLIE: EL MUNDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN DUELO, se titula la nota In Memoriam con que participa el Dr. Nicolas Boeglin, Profesor de Derecho internacional Público, de la Universidad de Costa Rica.

Finalmente, ofrecemos nuestras consideraciones sobre **EL ORDEN DEL DÍA COMO LÍMITE DE ORDEN PÚBLICO DE LA COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS NO TOTALITARIAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**.

LA INSTIGACIÓN AL SUICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE

Dr. Álvaro Burgos M.¹

RESUMEN: La persecución de ciertos actos convertidos en delitos y contravenciones en nuestro estado democrático de derecho, es una proyección de Política Criminal, que en principio debe ser proporcional, idónea y necesariamente consensuada y aplicada. En el presente trabajo analizaremos los pormenores de la figura del delito de Instigación al Suicidio y sus peculiaridades conforme a nuestra legislación patria.

PALABRAS CLAVE: Instigación, Suicidio, punibilidad, sanción.

INTRODUCCIÓN

Los tipos penales se crean para la regulación de conductas que la sociedad se ve en la necesidad de regular, y ante la eminente necesidad de la protección de bienes jurídicos.

Ante los constantes suicidios que se van generando a lo largo de los países, el Estado se ve en la necesidad de regular el suicidio como una problemática social en constante ascenso, y más aun en la necesidad de regular la instigación al suicidio como una forma mediante la cual el instigador ve en el autor del suicidio la manera perfecta para llevar a cabo su crimen, el cual realiza a través de la autoría medita.

Este trabajo trata de analizar el artículo 115 de nuestro Código Penal costarricense a la luz de la doctrina imperante respecto a la instigación y el significado de dicha instigación en el suicidio.

A lo largo de esta investigación, se tratará de establecer que el suicidio es un fenómeno que se da en la sociedad, y que por lo cual el estado se ve en la necesidad de regularlo ya que se trata de la protección y tutela del bien jurídico vida el cual junto con la libertad personal encabezan la lista de los bienes jurídicos fundamentales de todos los individuos.

¹ *Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster en Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la UCR, Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR., del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.*

CAPÍTULO I **La instigación**

Para poder comprender el delito contenido en el artículo 115 del Código Penal sobre la Instigación al suicidio, se debe primero definir lo que según la doctrina se conoce como instigación.

Según Francisco Castillo “determinar a otro a cometer un delito es la esencia de la instigación”. Por medio de la instigación se crea una influencia psíquica sobre el autor, esta debe tener el carácter de una incitación a cometer el hecho delictivo.

El instigador quiere hacer posible un ataque al bien jurídico por el autor, sin embargo el instigador debe el mismo lesionar el bien jurídico de manera mediata, es decir lesionar el bien jurídico a través de la persona instigada. Para que la instigación se realice debe haber un ataque al bien jurídico y ello ocurre cuando se incita o se determina directamente al autor a la comisión del delito, requiere de una comunicación entre instigador y autor de manera que la conducta producida por el instigador esté dirigida a producir en el autor una instigación que concluya en el la lesión al bien jurídico.

Algunos autores han determinado que para que exista la instigación no es necesario únicamente el contacto psíquico sino que se requiere que se haya producido una comunicación entre ambos en donde el instigador haya hecho una petición de cometer el hecho.

El autor debe de tener el dominio del hecho y el instigador tiene por su parte un papel secundario. Según el artículo 46 del

Código Penal “*Son instigadores quienes intencionalmente determinen a otro a cometer un hecho punible*” es importante destacar que para que se considere la instigación no es necesario que el autor haya manifestado una aceptación expresa de cometer el hecho.

Es fundamental que el instigador sea el causante de la resolución del autor, o sea que su aporte sea significativo en la comisión del hecho. No es necesario que el instigador sea la única causa de la resolución, pero sí que sea co causante del mismo.

Una instigación no es posible cuando el autor ya se decidió a cometer el hecho delictivo, ya sea porque ya había tomado la decisión de cometerlo, aunque una disposición preexistente del autor a realizar el hecho no excluye la existencia de la instigación si el acto del instigador es la causa de la resolución en concreto del autor, o si el acto de instigación depende del comportamiento del instigador, ya que este comportamiento contribuye a eliminar las dudas del autor, y le reafirma la idea de realizar el hecho, o porque había sido objeto de una instigación anterior que ya lo había determinado a cometer el hecho, esto lo ha establecido la Sala tercera en varias ocasiones por ejemplo en el voto numero 2004-01448 San José, a las once horas cuarenta y seis minutos del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro estableció: “*Tampoco es instigador por haberle gritado a su hermano, cuando corrían tras Randy Alcázar Otárola, “mátelo, mátelo”, ya que el menor de edad se hallaba decidido a cometer el homicidio. El análisis del evento debe hacerse en su integridad y no fragmentándolo artificialmente. El dominio del hecho, postulado por las teorías material objetivas, no puede examinarse sin tomar en cuenta, de modo necesario, el plan de autor*”.

Aquí la sala establece que cuando una persona ya se ha decidido a cometer un hecho delictivo o va en camino a su realización, el aporte de un supuesto instigador es insignificante, por lo que en esta circunstancia no se considera el sujeto que realiza tal aporte insignificante al hecho como instigador.

La instigación no constituye en sí un crimen o un delito, sino que es una calificación dada a cierto modo de participación a un hecho principal, es por este motivo que si no se ha dado una ejecución de la infracción principal por parte del autor, ya sea porque ésta no ha tenido lugar o no ha comenzado por la inacción o el desistimiento del autor no puede existir la instigación. Es decir no existe instigación por provocación, ya que a pesar de la intención delictuosa persistente del que sería el instigador, no existe la tentativa de instigación.

CAPÍTULO II **Instigación al suicidio**

El suicidio es un acto mediante el cual una persona voluntariamente se causa su propia muerte.² La impunidad del suicidio que se da en la mayoría de los países se debe a que muchos de ellos ven inútil o ineficaz una regulación del suicidio, ya que consideran que cuando el hecho está consumado, el propio sujeto que se priva de la vida impide cualquier medio represivo contra su persona.

En nuestro país la tentativa de suicidio se encontraba regulada por el artículo 114 sin embargo la sala constitucional lo declaro

inconstitucional y hoy solamente se encuentra regulada la instigación al suicidio que es el tema de nuestro interés.

En Costa Rica se considera instigador al suicido quien persuade a otro a suicidarse. La doctrina mayoritariamente cree que se puede ayudar al suicidio por comisión o por omisión, o sea cuando el sujeto se encuentra en posición de garante, motivo por el cual se considera que debe tratar de evitar el suicidio.

Zaffaroni no acepta la existencia de una instigación por medio de la omisión. Él establece que quien se encuentra en una posición de garante y no evita el suicido se debe considerar el autor del homicidio debido a que realiza lo que él define como comisión por omisión, por lo tanto no se puede juzgar por el delito de ayuda al suicidio.³

En la instigación la voluntad de causar el hecho no mediante la acción propia sino a través de otra persona obedece a la instigación en forma plena.

La acción del instigador, que puede consistir tanto en determinar la voluntad, como en reforzar una resolución preexistente, como se trata de un acto instigatorio, para que sea delito, no se requiere que represente la totalidad de la motivación para suicidarse, siendo más bien que se requiere una participación subjetiva del aceptante, ya que aun en la hipótesis de que el instigado quiera atribuirle toda la responsabilidad del acto al instigador, diciendo que se mata porque otro se lo pide, siempre hay una resolución libre del instigado.

² *Delitos contra la vida y la integridad personal: Hipólito Gill: pag.29*

³ *Manual DE Derecho penal parte general: Eugenio Raúl Zaffaroni.*

La instigación al suicidio debe dirigirse hacia una persona determinada y en forma directa, no debe realizarse por actividades no intencionales, insinuaciones u observaciones, sino de consejos, sugerencias, mandatos, exigencias, promesas, o cualquier otra conducta dirigida con éxito a una persona determinada, y tendiente a convencerla de que se quite la vida.

Para que se cumpla el tipo penal del artículo 115 del código penal sobre instigación al suicidio, deben existir una serie de elementos que conforman el tipo penal. Como lo son la pluralidad de sujetos, de conductas, la existencia de objeto material, un resultado, los elementos psicológicos y una sanción.⁴

Pluralidad de sujetos. Para que se cumpla este tipo penal es fundamental la concurrencia de 2 o más personas, sin embargo sólo será punible la conducta del instigador, ya que en Costa Rica no existe culpabilidad para el instigado al suicidio (en caso de que éste falle) ya que el artículo 114 sobre tentativa de suicidio fue derogado a raíz del voto número 14192-08 de la Sala Constitucional, la norma se impugno únicamente en cuanto penaliza la conducta del intento de suicidio, sin que la misma sea lesiva al principio de lesividad constitucional que deriva del artículo 28 de la propia Constitución Política, toda vez que no hay lesión ni al orden público, ni a la moral ni al derecho de terceros, de manera que la tipificación de esta conducta se convierte en desproporcionada por parte del Estado, en una sociedad democrática, al exceder la tutela de actos libres y voluntarios que no representan amenaza o peligro para los demás; no obstante se sancionaba con una medida de seguridad, no con pena

privativa de libertad. En este caso, con base en las consideraciones dadas en la sentencia, se estimo que no es el criterio de peligrosidad aplicable al imputable en el delito de tentativa de su muerte. La sanción penal impuesta por el Estado a través de la imposición de la medida de seguridad, no se presenta en este supuesto como un mecanismo social regulador capaz de cumplir su fin terapéutico de alejar a la persona de sus impulsos suicidas pues, la represión contra el suicidio atribuible al suicida no obtiene ningún resultado positivo; y lejos de ayudarlo a superar su situación, puede al contrario desencadenar más violencia contra sí mismo, en perjuicio de su propia vida, por lo dicho se declaro con lugar la acción, y se anulo el artículo 114 del Código Penal.

La **conducta punible** se concreta en los actos que se dirigen a formar en la otra persona el deseo de suicidio, ya sea creándolo o reafirmando. Además existe instigación en los actos de ayuda que se presten al suicida, por medio del suministro de medios para realizar el acto o dándole instrucciones, pero nunca cooperando en la ejecución, ya que esto sería una coautoría del delito de homicidio. Un ejemplo de instigación a través de instrucciones es la que se menciona en el voto número 2000-00248 de la Sala tercera, San José, a las diez horas con cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil, en el que dice: *“Se dirigió al grupo junto con su peón y de primero disparó su revólver calibre 38 logrando impactar. Luego de esa acción “dio órdenes” a su compañero para accionar la “subametralladora AK-47” y disparar contra José Álvaro Monge Jiménez, lo cual hizo efectivo”*. La defensa manifestó queda haber estado motivado a darle muerte a alguien, no

⁴ La instigación y ayuda al suicidio: Margarita Baltodano.

hubiese esperado la orden de Villalobos. Sin duda el encartado hizo surgir en Gutiérrez la idea de cometer un delito. No constituyó una velada o ambigua insinuación, o un simple y sutil acto con el fin de inducir la realización de una conducta ilícita, sino que la eficacia del medio utilizado por el agente, girar una orden dentro del contexto de circunstancias presentadas, fue suficiente para provocar la determinación en su compañero de actuar en la forma como lo hizo. Nótese, como se señaló, éste se encontraba al servicio de Villalobos, recibía instrucciones de éste y le fue proveída un arma de uso bélico.⁵

El **objeto material** de este delito es la persona que comete suicidio, respecto al cual recaen las conductas que le ocasionan lesiones graves, o a muerte.

El **Resultado** de este delito se da cuando la instigación es aceptada y esta trae como consecuencia para el autor una lesión grave, gravísima o la muerte. También puede ser la conducta no sea acogida, sin embargo en este caso no habría delito por no considerarse delito la tentativa a instigación al suicidio, al respecto la sala tercera en su voto 2003-0962, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las doce horas cinco minutos del veintidós de setiembre del dos mil tres, considero que se confundía la figura de instigación con la de coautor, pero el delito era subsumible en la característica de una instigación, no obstante ante lo delicado de los bienes jurídicos en juego el legislador la tipificó

como un delito independiente y no como una participación (figura accesoria).

Lo anterior implico que si la acción pudiera calificarse como una instigación, el análisis de fondo del juzgador resultaría correcto, ya que el delito principal del instigado (el supuesto acto de corrupción) nunca se consumó ni llegó siquiera a constituir una tentativa. *“Tal y como lo ha entendido la doctrina, si bien existe la participación en una tentativa, no existe la tentativa de participación: “... La instigación consumada requiere, además de la determinación al hecho punible, que éste sea realizado por el instigado, aunque la ejecución quede en estado de tentativa. En nuestro Derecho Penal la tentativa de instigación (o de complicidad) es impune...”*.⁶

El **elemento psicológico** lo suministra el acuerdo de voluntades que se da entre los sujetos, este se concreta con la voluntad de observar la conducta delictiva, o en la voluntad de la muerte o de la lesión grave o gravísima del instigado.

En materia de participación criminal, y con referencia a los casos de instigación y complicidad, se requiere que el partícipe tenga la voluntad de realizar no sólo los actos de participación, sino también el hecho principal.⁷

Hay que tener en cuenta que el dolo es genérico, no específico, sin la voluntad del resultado no puede existir el delito de instigación al suicidio. En otras palabras,

⁵ Voto número 2000-00248: sala tercera de la corte suprema de justicia: San José, a las diez horas con cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil.

⁶ Castillo González Francisco, *“La participación en el derecho penal costarricense”*, editorial juritexto, San José. 1ª edición, 1993, página 95

⁷ Voto numero: 2004-01188 voluntades del partícipe de realizar el hecho principal: Sala Tercera de la corte suprema de justicia. San José, a las diez horas seis minutos del ocho de octubre de dos mil cuatro.

la conducta punible debe de estar dirigida a formar la realización del propósito ajeno, o a reforzarla. No se considera dolo una manifestación imprudente o bromas. Al hablar de voluntad de instigar, se hace referencia a que; el acto, las palabras, y los hechos por los cuales se instiga, deben dirigirse a este delito en forma directa. Por otra parte, en la instigación, es necesaria la voluntad del hecho que sucede, ósea que el suicidio se produzca como tal, y no de otra forma. El dolo además debe ser directo y no eventual, debe existir al momento la voluntad de provocar el hecho por la acción de otro.

“La inducción, así como la instigación son figuras que deben de considerarse como homicidios simples intencionales, ya que se presenta directamente el elemento moral, en el cual se deja ver el dolo en una forma descabellada, ya que si bien la persona tiene la tendencia suicida, él apoyarla a que desarrolle el delito es como si se cometiera el delito por quien le proporciona todos los elementos o le dice palabras para que llegue a su cometido.”⁸

Para que exista la inducción se requiere a más del dolo general presumible, el específico consistente en la voluntad y conciencia del agente de estar actuando para procurar que el autor se suicide.

La sanción contenida en el artículo 115 del Código Penal para el delito de instigación al suicidio es de 1 a 5 años de prisión, si el suicidio se consuma. Si no se consuma, pero en su intento produce lesiones graves o gravísimas, la pena será de 6 meses a 3 años.

Del texto del artículo se desprenden dos requisitos:

1) Que exista instigación o ayuda:

Instigar al suicidio: es determinar directamente a otro a suicidarse. Es inducir o persuadir a alguien a que se suicide de crear o aumentar en el suicida, la voluntad de darse muerte.

La instigación debe llevarse a cabo sobre un individuo que esté en pleno goce de sus facultades y de su voluntad, ya que si el individuo fuese un inimputable o mediase error, ignorancia, coacción, etc., podría tratarse de un homicidio, y no de instigación.

Ejemplo: apuntar con un arma a una persona, y decirle a su padre que si no se suicida, morirá su hijo, no es instigación, sino homicidio, dado que la resolución del suicida no ha sido voluntaria, sino que medió coacción.

2) Que el suicidio se haya intentado o consumado:

es prestar cualquier tipo de colaboración material al suicida para que se quite la vida. Ejemplos: conseguirle el arma, proveerlo de la droga, etc.

A diferencia de la instigación, en este caso, la determinación de matarse ya ha sido tomada por el suicida; el que ayuda sólo facilita los medios.

Quedan excluidos, por supuesto, todos los modos de colaboración que impliquen autoría del hecho. Por ejemplo: supongamos que un hombre que decide suicidarse ahorcándose, pide ayuda a un amigo; mientras éste le facilite la soga, o le ayude a subir al banco, y aun cuando le ate la soga al cuello, su acción encuadraría como ‘ayuda al suicidio’.

⁸ En línea: <http://www.monografias.com/trabajos10/euta/euta.shtml?relacionados> consultado el jueves 23 de abril.

En cambio, si accede al pedido de quitarle el banquito, habrá homicidio, porque el sujeto habrá realizado el acto ejecutivo.

Como conclusión y de una manera muy general podemos decir que para el delito de instigación, se requiere la voluntad de instigar, la voluntad del hecho, de causarlo, mas no mediante la acción propia, sino mediante psiquis de otro. El que instiga a otro, lo que quiere, es que el otro realice una acción, por lo que no puede hablarse de instigación al suicidio, sino de homicidio, cuando el sujeto al que se dirige la instigación es inimputable, al no haber acción por parte de aquel. Igualmente sucede si se emplea coacción o violencia, o si se induce al suicida en error sobre la acción que realiza, los cuales son supuestos no compatibles con la instigación, ya que según Soler, la instigación supone un destinatario capaz de resolver por voluntad no viciada.⁹

CONCLUSIONES

El suicidio es un tema que se presenta en nuestra sociedad día con día y que es una problemática social que el estado se ve obligado a tutelar mediante la legislación penal. Al ser declarada inconstitucional la norma contenida en el artículo 114 sobre tentativa de suicidio, lo único que tutela nuestra legislación respecto al mismo es la instigación al suicidio.

La instigación es descrita en el artículo 46 del código penal el cual expresa que “son instigadores quienes intencionalmente determinan a otro a cometer un delito”. Para que la instigación se realice debe haber un ataque al bien jurídico y ello ocurre cuando se incita o se determina directamente al autor a la comisión del delito.

A través del artículo 115 que fue nuestro tema de estudio en esta legislación pudimos analizar el significado de la figura del instigador dentro de este tipo penal y los *diferentes contenidos* para que se cumpla, como lo son la pluralidad de sujetos, de conductas, la existencia de objeto material, un resultado, los elementos psicológicos y una sanción.

Además pudimos comprender el papel de dicha norma dentro de nuestra legislación, ya que el estado se ve obligado a proteger el bien jurídico vida que es uno de los derechos fundamentales de los seres humanos y el fin del derecho en esta norma es prevenir que este bien jurídico se vea afectado por personas que quieran llevar a cabo un fin ilícito, pero que no se atrevan a realizarlo con sus propias manos para no ser alcanzador por el poder punitivo del estado, por lo que ven en la figura de la instigación el medio perfecto para cometer su delito.

⁹ Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino*.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Gill Hipolito, Delitos Contra la Integridad Personal, Panamá, 1992.

Castillo Gonzales Francisco, Autoría y Participación en el Derecho Penal, San José Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2006.

Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General, 1era edición, Buenos Aires Argentina, 2005.

Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tomo III, 1978.

Castillo González Francisco, "La participación en el Derecho Penal Costarricense", editorial juritexto, San José. 1ª edición, 1993, página 95

Tesis:

Baltodano Pazos Margarita, La Instigación y la Ayuda al Suicidio: Nuevo enfoque técnico Jurídico: San José, tesis de Grado Para optar por el título de Lic. En Derecho, Universidad de Costa Rica, volumen I y II, 1993.

Legislación:

Código Penal Costarricense, San José, Editorial Juricentro, 2006.

Constitución Política de Costa Rica, San José, editorial Investigaciones Jurídicas, 2006.

En línea:

En línea: [h://www.monografias.com/trabajos10/euta/euta.shtml?relacionados](http://www.monografias.com/trabajos10/euta/euta.shtml?relacionados) consultado el jueves 23 de abril.

En línea: http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/penal/Instigacion_y_ayuda_al_suicidio.htm, consultado el jueves 23 de abril.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional, voto numero 14192-08, Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 114 del Código Penal.

Voto numero: 2004-01188, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas seis minutos del ocho de octubre de dos mil cuatro.

Voto numero: 2004-01448, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las once horas cuarenta y seis minutos del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro.

Voto número 2000-00248: sala tercera de la corte suprema de justicia: San José, a las diez horas con cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil.

Voto numero: 2003-0962, Tribunal de casación penal. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las doce horas cinco minutos del veintidós de setiembre del dos mil tres.

Res: 2000-00248, Sala tercera de la corte suprema de justicia, San José, a las diez horas con cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil.

“EL DERECHO COMUNITARIO Y LA NORMATIVA JURÍDICA DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA (CCJ)”

“El Protocolo de Tegucigalpa y la Jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia”.

Dr. Enrique Ulate Chacón
Miembro del Tribunal Agrario
Coordinador de la Maestría en Derecho comunitario
y Derechos Humanos

1 - PREÁMBULO

La Declaración de Tegucigalpa (XII Reunión de Presidentes, 13 de diciembre de 1991) proclama los presupuestos necesarios para la integración y acuerda fortalecer la estructura orgánica “para realizar la integración en todos sus ámbitos” asegurando el seguimiento de las decisiones presidenciales y señala la importancia del Parlamento Centroamericano (como Órgano de planteamiento, análisis y recomendación), a fin de contribuir a la consolidación de la paz, la democracia plena y la *integración total*.

En su preámbulo, la declaración recoge la esencia del patrimonio o acervo constitucional comparado centroamericano (HERRERA, 2007, ULATE, 2004), cuando reza: “Conscientes que los pueblos centroamericanos aspiran a una *democracia donde la práctica política pluralista, los derechos humanos y las libertades cívica*, constituyen el fundamento del consenso colectivo; Convencidos que para afianzar la *paz firme y duradera* de Centroamérica es indispensable asegurar condiciones de vida adecuadas para nuestros pueblos, y que el

desarrollo humano y la superación de las desigualdades son retos fundamentales para la consolidación de Centroamérica como una región de *paz, libertad, democracia y desarrollo*; Tomando en cuenta la *unidad geográfica* del istmo, la existencia de una *identidad centroamericana* y la *necesidad* de impulsar el *desarrollo económico y social* de la región a través de un renovado esquema de integración; acuerdan...”.

2 - PROTOCOLO DE TEGUCIGALPA

El *Protocolo de Tegucigalpa* (del 13 de diciembre de 1991) a la *Carta de la Organización de Estados Centroamericanos –ODECA-* (del 12 de diciembre de 1962), es el **marco jurídico constitucional** del nuevo *Sistema de Integración Centroamericana (SICA)*. Es el Tratado constitutivo u originario, que consagra la Comunidad de Estados de centroamérica. En efecto, en ella se afirma que los países Centroamericanos constituyen una comunidad económica y política que aspira a la integración global (artículos 1, 2 y 3 inciso j). (DE GUTTRY, 1992, HERRERA, 2007, ULATE, 2004, MEJIA, 2008).

El *Protocolo de Tegucigalpa* refleja la voluntad política de los Gobiernos de Centroamérica en la construcción gradual, progresiva y global de la integración de la Región. Representa la culminación de un esfuerzo político orientado a fortalecer la democracia, la paz, la libertad y el desarrollo regional, como presupuestos esenciales del proceso. Fija los nuevos propósitos y principios fundamentales que guían la Comunidad centroamericana. Modifica y fortalece la estructura institucional, definiendo las funciones y atribuyendo competencias a los diversos Órganos e instituciones que componen el Sistema. Sienta las bases jurídico-institucionales para la formación del nuevo *Derecho comunitario centroamericano*.

Los **propósitos** están concebidos en función de alcanzar una integración total. Se incorporan *objetivos políticos* (fortalecer la democracia y garantizar el respeto de los derechos humanos; crear un modelo de seguridad regional y un espacio de libertad), *sociales* (lograr un sistema de bienestar y justicia económica y social); *económicos* (alcanzar la unión económica, fortalecer el sistema financiero y consolidar la región como bloque económico); *ambientales* (preservar el medio ambiente, asegurar el desarrollo equilibrado y la explotación racional de los recursos naturales, para un nuevo orden ecológico regional) y metas *globales* (promover el desarrollo sostenido económico, social, cultural y político de los Estados miembros) (PT, artículo 3).

Para realizar tales propósitos, se señalan una serie de **principios fundamentales**. Los primeros están relacionados con los *presupuestos* político-filosóficos de todo proceso de integración: tutela y respeto de los derechos humanos; paz, democracia, desarrollo y libertad; identidad centroamericana; solidaridad centroamericana e interdependencia común

(artículo 4 incisos a) al d). Los segundos, son verdaderos *principios* orientadores del proceso (artículo 4 incisos e) al i) y que indican el modo en el cual debe ser cumplido, ellos son: *Gradualidad, especificidad y progresividad* del proceso de integración económica; *Trato especial* a países miembros de menor desarrollo relativo; *Equidad y la reciprocidad*; Cláusula Centroamericana de *excepción*; *Globalidad* del proceso de integración; *Participación* democrática de todos los sectores sociales; *Seguridad jurídica* y solución pacífica de las controversias; y, *Buena fe* de todos los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones

La estructura orgánica e institucional del Sistema de Integración Centroamericana es única:

Sus **Órganos** principales (artículo 12) son: La *Reunión de Presidentes*, Órgano supremo que dirige y define la política Centroamericana (art. 13 a 15); el *Comité Ejecutivo*, encargado de asegurar la ejecución y cumplimiento de las decisiones (art. 24); el *Consejo de Ministros* (sectoriales e intersectoriales), cuyas decisiones son de obligatorio cumplimiento por los Estados Miembros (art. 16-22); el *Comité Consultivo* integrado por el sector empresarial, laboral, académico y otras fuerzas vivas representativas de la sociedad civil (art. 12); y, la Secretaría General (art. 25-28). La Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia es un órgano de asesoría consulta.

Entre sus **Instituciones** (artículo 12, segunda parte) encontramos: El *Parlamento Centroamericano* (PARLACEN, 2000), como Órgano de planteamiento, análisis y recomendación y la *Corte Centroamericana de Justicia* (Órgano jurisdiccional) encargado de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución de la normativa

comunitaria. La Corte representa la conciencia nacional centroamericana y se considera depositaria y custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana.

Se trata de dos Órganos de especial importancia que se convierten en los Órganos supranacionales por excelencia.

El *Parlamento Centroamericano* es fruto de los Acuerdos de Paz para el fortalecimiento de la democracia Centroamericana. Su *Tratado Constitutivo* se firma en octubre de 1987, y establece su naturaleza como "...un Órgano regional de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales de interés común, con el fin de lograr una convivencia pacífica dentro de un marco de seguridad y bienestar social, que se fundamente en la democracia representativa y participativa, en el pluralismo y en el respeto a las legislaciones nacionales y al Derecho Internacional". Una de las funciones más importantes del Parlamento Centroamericano es impulsar y orientar los procesos de integración y la más amplia cooperación entre los países centroamericanos. Como no tiene facultades legislativas será indispensable, en el futuro, que se le vayan otorgando competencias, mediante la codecisión o consulta obligada, en la formación de actos normativos referidos a la integración regional, para así garantizar en forma efectiva la consolidación democrática de todas las instituciones.

La *Corte Centroamericana de Justicia* creada como Órgano jurisdiccional para garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o derivados, fue regulada en el *Convenio de Estatutos de la Corte Centroamericana de Justicia*, del 10

de diciembre de 1992 (adoptado en la XIII Cumbre de Presidentes). En su exposición de motivos se establece con claridad que: "Las facultades que se le atribuyen con carácter excluyente, son jurisdiccionales. Se crea así un Órgano Supranacional que permitirá resolver los problemas propios del "Sistema de la Integración Centroamericana" en forma pacífica y civilizada".

Además, han sido creados dos Órganos para coordinar las políticas migratorias y de lucha contra el narcotráfico, a saber: la Organización Centroamericana para las Migraciones (OCAM) y la Comisión Centroamericana Permanente contra el Narcotráfico.

Como puede observarse, "Además de la presencia de la Reunión de Presidentes (órgano supremo), de los Consejos de Ministros y la Secretaría General, la innovación se manifiesta también en la estructura institucional que asegura, a nivel regional, no sólo la democracia representativa con la inclusión del Parlamento Centroamericano (uno de los órganos principales del Sistema), sino también la democracia participativa – con el acceso al proceso de toma de decisiones en materia de integración- de la población centroamericana, por medio de organizaciones representativas de la sociedad civil (Comité Consultivo); así como el arraigo de una Comunidad de Derecho en la región, con la creación de la Corte Centroamericana de Justicia (órgano judicial principal permanente)." (HERRERA, 2003, p. 30).

Según el tratado constitutivo, *todos los Órganos e Instituciones del Sistema de la Integración deben contribuir a la efectiva observancia y ejecución de los propósitos y principios del Protocolo, como obligación imperativa y primaria en sus ordenamientos*

complementarios o derivados, en los cuales se debe garantizar la publicidad de sus resoluciones. Además, *las decisiones de los Consejos de Ministros son de obligatorio cumplimiento* en todos los Estados Miembros y solo podrán oponerse a su ejecución disposiciones de orden legal (PT, artículos 10 y 22). Con la última disposición se quiere advertir la sujeción de dichas decisiones a los ordenamientos internos, y en consecuencia la ausencia de fuerza normativa supranacional, pues el Consejo debe ajustar la decisión a los respectivos ordenamientos legales.

En la doctrina latinoamericana, particularmente Centroamericana, y también Europea, se ha generado un gran debate caracterizado por fuertes críticas al *Protocolo de Tegucigalpa*, sobre todo en dos aspectos fundamentales: 1) Que conserva el carácter intergubernamental de sus Órganos y, 2) que no se atribuye a ningún Órgano competencias de orden normativo que sean vinculantes y de aplicación directa en los Estados miembros. Estas críticas responden, a nuestro juicio, a una visión parcial del proceso porque, después del Protocolo de Tegucigalpa se han dictado una serie de disposiciones, en instrumentos complementarios de igual valor (rango) jurídico, tendientes a atribuir competencias normativas supranacionales, así como competencias de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, lo que ha dado origen a importantes sentencias de la Corte Centroamericana de Justicia (Corte Centroamericana de Justicia, Sentencias de las 10 hrs del 24 de mayo de 1995, 11:30 horas del 5 de agosto de 1997 y 11 hrs del 27 de noviembre del 2001) y de los más altos Tribunales Nacionales, que han reconocido en casos concretos la primacía del Derecho comunitario centroamericano sobre el derecho interno (*Corte Suprema de Justicia*

de Honduras, del 29 de marzo de 1963 en: *Derecho comunitario centroamericano*, cit, p. 451-452; *Corte Suprema de El Salvador*, del 16 de mayo de 1969; *Corte Suprema de Guatemala*, Cámara Civil, del 16 de abril de 1996; *Corte Suprema de Justicia de Costa Rica caso Foto Sport, 1973, Sala Constitucional de Costa Rica*, No.4638 y 4640, ambas del 6 de setiembre de 1996). Tales disposiciones reflejan, para los diversos subsistemas de la integración (especialmente en el económico y social) una clara voluntad política orientada a consolidar instituciones de carácter supranacional, aunque manteniendo la influencia de su formación intergubernamental.

El Protocolo de Tegucigalpa es, en consecuencia, la "Constitución Regional" de la Comunidad de Estados Centroamericanos, supeditándose a ella todos los demás tratados, acuerdos o decisiones regionales, los cuales se convierten en instrumentos complementarios y actos derivados, en los ámbitos de la integración social, económica, del desarrollo sostenible, seguridad democrática, y justicia comunitaria.

3 - Características y Jurisdicción de la corte, artículo 35 y su enmienda.

Una característica esencial de estas Comunidades de derecho es la garantía de control jurisdiccional a que están sometidos tanto los Estados, los Órganos comunitarios y demás Instituciones, como los particulares. Las Comunidades Europeas y la Comunidad Centroamericana fueron dotadas de un Tribunal de Justicia (GERIN, 2000, CHAMORRO MORA, 2000) que velara por la recta interpretación y aplicación de sus Tratados constitutivos (PT,

art. 12.4 y 35) y demás instrumentos complementarios y derivados, asignándoles en uno y otro caso una competencia muy amplia, como tribunales constitucionales (GIAMMATTEI, 2002), internacionales, comunitarios, arbitrales, etcétera.

La Corte Centroamericana de Justicia es el órgano jurisdiccional supranacional (PEROTTI, 1999,) del Sistema de la Integración Centroamericana y es el encargado de velar por la interpretación y aplicación del derecho comunitario centroamericano. Representa los mas altos valores de la conciencia integracionista de la Región (GIAMMATTEI).

Es el órgano jurisdiccional principal, permanente y con jurisdicción y competencia obligatoria, exclusiva y de única instancia (ECCJ, 1). Es *principal* por cuanto tiene atribuida la competencia de velar por la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria; *permanente*, en cuanto no puede aceptarse por un período determinado, ni retirarse; *obligatoria*, dado que se le pueden someter demandas y consultas cuyos fallos son obligatorios y producen cosa juzgada; es *exclusiva* respecto de cualquier otra forma de solución (salvo el caso, como veremos, de las controversias comerciales entre Estados); y de *única instancia*, por cuanto lo resuelto no puede ser objeto de revisión por otro órgano.

La Corte Centroamericana de Justicia representa los más altos valores de la "conciencia centroamericana" y debe velar por la recta aplicación y adecuada interpretación del Derecho comunitario originario y derivado. Sus sentencias son vinculantes para los Estados miembros. Tiene una competencia muy amplia como Tribunal de Justicia regional y también puede, entre otras, asumir funciones de Tribunal arbitral por delegación

expresa de las partes. Está conformado por Magistrados imparciales e independientes, de gran trayectoria jurídica, propuestos por las Cortes Supremas de cada Estado parte. Aunque no todos los países Centroamericanos han ratificado el Convenio de los Estatutos constitutivos de la Corte, sus sentencias son de carácter vinculantes y, por ende, su jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio y deben ser respetadas por los Estados miembros (Estatuto, art. 1).

La Corte como Órgano jurisdiccional regional supranacional, forma parte del Sistema de la Integración Centroamericana (creado por el Protocolo de Tegucigalpa de 1991) y tiene como función principal *garantizar el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo*. Además, toda controversia sobre *interpretación o aplicación* de las disposiciones contenidas en el Protocolo constitutivo del SICA y demás instrumentos complementarios o derivados, deben ser sometidas a la Corte (Estatuto, art. 2), salvo el caso de las controversias comerciales que, como hemos visto, fue excluido de su competencia.

La instauración y funcionamiento de la Corte, mediante la aprobación y la ratificación de su Estatuto, el 10 de octubre de 1992 y respectiva Ordenanza de procedimiento, vigente a partir del 1 de enero de 1995, fortalece el proceso de integración regional y el derecho comunitario centroamericano en sus tres dimensiones:

El derecho comunitario institucional, al crearse un Órgano jurisdiccional para resolver las controversias de la comunidad centroamericana; el derecho comunitario sustancial, al contribuir mediante sus fallos al fortalecimiento del proceso y las políticas

regionales y; el derecho procesal comunitario, al generar los principios y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento del sistema.

Aunque su Convenio de Estatuto (CHAMORRO MORA, 1995), suscrito en la Cumbre de Presidentes del 10 de diciembre de 1992, solo haya sido ratificado por tres países (Nicaragua, Honduras y El Salvador) está vigente desde el 2 de febrero de 1994, y en proceso de ratificación de los restantes Estados miembros, porque de conformidad con el Protocolo de Tegucigalpa, los Estados tienen el deber de negociarlo y ratificarlo. Costa Rica, cuyo expediente legislativo se encuentra archivado con un dictámen negativo de la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias de la Sala Constitucional, (Sentencias No. 4638-96, 4640-96 y la No. 6619-99. En ésta última resolución, la Sala hace suya la afirmación de que "...si Costa Rica aprobó la creación de la Corte Centroamericana de Justicia, es válida toda cláusula de Derecho Regional que se refiera a ella como órgano competente, independientemente de los reparos que se tengan contra su estatuto..."), ha reconocido la vigencia de la Corte, como órgano oficial de la integración regional, al cual deben estar sometidos todos los ciudadanos de la Región.

La Corte tiene una competencia y jurisdicción muy amplia, que podríamos llamar competencia genérica, exclusiva y excluyente (Estatuto, art. 3), a la cual están sujetos los Estados partes aún cuando no hayan ratificado su Estatuto (CCJ, Res. 12-7-96. *Consulta del Director General de Integración Económica de Nicaragua*, donde se subraya la obligatoriedad de los criterios de la Corte en cuanto a la interpretación normativa; Res. 10 hrs. 13-12-96. *Consulta del Parlacen*. La cual se refiere a la sumisión de todos los Estados

parte a la autoridad jurisdiccional de la Corte, aún cuando no hayan ratificado su Estatuto, como es el caso de Guatemala.). Por la amplia competencia otorgada a la Corte en el Estatuto y otros Tratados y Convenios regionales, se ha establecido al siguiente clasificación de competencias (CHAMORRO, 2000, p. 35): a) Competencia internacional; b) Competencia de integración; c) Competencia consultiva; d) Competencia Constitucional; e) Competencia arbitral. En uso de tales atribuciones, se ha venido formando un derecho comunitario material e institucional, según reseñaremos a continuación.

Una de las reformas más importantes, que modifican de algún modo las competencias del órgano judicial del SICA, la Corte Centroamericana de Justicia, es la enmienda al Protocolo de Tegucigalpa, del 27 de febrero del 2002, por el cual se modificó el artículo 35.

En primer lugar, debe indicarse que la enmienda emana del máximo órgano de decisión política y normativo del SICA, a saber la Reunión de Presidentes, al cual le corresponde aprobar las reformas al Protocolo, cuyos proyectos sean sometidos a su conocimiento por medio del Consejo de Ministro de Relaciones Exteriores (artículos 15 inciso d y 37). Una vez aprobada la enmienda pasa al proceso de ratificación de cada Estado.

En segundo lugar, la enmienda del artículo 35 se produce ante la posibilidad de regular un mecanismo de solución de las controversias comerciales, ante la resolución emanada de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ del 12-11-01), en sentido contrario, al considerar que ello entraba dentro de su esfera de competencias. La falta de acuerdo, provocó, la modificación del artículo 35 del Protocolo, para incluir en su párrafo tercero lo siguiente:

"Las diferencias surgidas en el Subsistema de la Integración Económica como consecuencia de las relaciones comerciales intrarregionales, se someterán al mecanismo de solución de controversias que establezca el Consejo de Ministros de Integración Económica que contendrá un método de solución alternativo de controversias comerciales incluido el arbitraje, cuyas decisiones serán vinculantes para los Estados Miembros que intervengan en la respectiva diferencia. El incumplimiento de un laudo arbitral dará lugar a la suspensión de beneficios de efecto equivalente a los dejados de percibir, según se decida en el respectivo laudo."

Con fundamento en dicha disposición, que fue ratificada por todos los Estados partes, el Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO), aprobó mediante resolución No. 106-2003, del 17 de febrero del 2003, el Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica, las Reglas Modelo, y el Código de Conducta, que aparecen agregados como anexos a dicha resolución.

Con la referida enmienda, y la instauración de dicho mecanismos de solución de controversias comerciales, se trasladan parte de las competencias supranacionales del órgano jurisdiccional comunitario, Corte Centroamericana de Justicia, a otros órganos, que no estaban previstos en el Tratado original, con lo que se produce una suerte de reversión de competencias. Sin embargo, como se verá más adelante, se trata de un instrumento que viene a ser complementario en la solución de controversias del SICA.

4 - Las competencias de la Corte y su "vis expansiva", reconocida en Instrumentos complementarios y derivados.

La competencia específica de la Corte se ejerce a través de los distintos procedimientos y recursos establecidos en el Estatuto, y que derivan de la cesión de competencias de los Estados miembros de la comunidad y que están previstas expresamente en el Tratado institutivo, o en los instrumentos complementarios a éste.

Para evitar que existan discordancias entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales, en la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria, debe darse una estrecha cooperación judicial, y para ello el mismo Estatuto prevé el mecanismo de la "consulta prejudicial" ante la Corte, con la cual se busca garantizar ese equilibrio del Sistema Jurisdiccional y la uniformidad en la aplicación de aquél.

Sin embargo, como veremos más adelante, no son pocos los casos en los cuales las Jurisdicciones nacionales se resisten a aceptar las competencias de la Corte, en cuanto a la aplicación e interpretación uniforme de los Tratados, lo cual es lógicamente producto de orientaciones nacionales, que se apartan de las orientaciones jurisprudenciales comunitarias. Lo ideal es que prevalezca el interés supranacional sobre el nacional.

Justamente la necesidad de asegurar la plena eficacia del sistema comunitario, sin perjudicar la organización judicial de los Estados nacionales, es lo que ha llevado a crear ese doble reparto de competencias, para que la aplicación del Derecho comunitario material sea compartida (VILABOY LOIS, 18).

Sin embargo, desde una perspectiva funcional, la interpretación del derecho comunitario está centralizada, en última instancia, en la Corte Centroamericana de Justicia. De ahí que sus criterios sean vinculantes y obligatorios para los Estados miembros.

En consecuencia, todos los órganos jurisdiccionales nacionales tienen competencia para conocer de los litigios derivados de la aplicación de las normas comunitarias o la actividad comunitaria, siempre que no sean competencia exclusiva (en virtud del principio de atribución), de la Corte Centroamericana de Justicia.

El juez nacional, sigue siendo, el juez natural de la justicia comunitaria, correspondiéndole aplicar el derecho comunitario en su ordenamiento jurídico interno. Un derecho comunitario en formación, del cual emanan cada vez un número mayor de controversias, pudiendo cualquier particular hacer su reclamo en sus respectivas jurisdicciones.

La Corte Centroamericana de Justicia tiene una competencia y jurisdicción muy amplia, "...con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el «Sistema de la Integración Centroamericana», y para sujetos de derecho privado" (ECCJ, 3).

Por la amplia competencia otorgada a la Corte en el Convenio de Estatuto y otros Tratados y Convenios regionales, es posible establecer dos criterios de clasificación: a) La competencia **material** (de integración, internacional, administrativa y constitucional); b) la competencia **funcional** jurisdiccional (contenci-

osa, de interpretación, consultiva y arbitral) y c) otras competencias específicas.

El artículo 22 del Estatuto de la Corte, establece efectivamente un elenco de acciones relacionadas con tales materias. Pero las mismas no agotan la posibilidad de que pueda conocer de otras posibles materias, conforme lo determine el ordenamiento jurídico comunitario.

Conforme a dichos criterios, la Corte tiene facultad para determinar su competencia en cada caso concreto ("competenz kompetenz"), interpretando los tratados o convenciones pertinentes al asunto en disputa y aplicando los principios del Derecho de Integración y del Derecho Internacional.

Hasta ahora, la materia de derechos humanos resulta excluida de la competencia de la Corte, por disposición expresa del artículo 25 del Estatuto, que remite a la competencia exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Competencia material internacional. Le corresponde a la Corte conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las *controversias* que se susciten entre ellos. Se exceptúan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. Previamente, las respectivas Cancillerías deberán procurar un avenimiento, sin perjuicio de poder intentarlo posteriormente en cualquier estado del juicio;

También puede conocer de las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado Centroamericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidos;

Competencia material de integración. Como Tribunal de justicia comunitario, conoce:

- a- De las acciones de *nulidad y cumplimiento* de los acuerdos de los organismos del Sistema de la Integración Centroamericana ;
- b- A solicitud de cualquier interesado, acerca de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o de cualquier otra clase dictadas por un Estado, cuando afecten Convenios, Tratados y de cualquier otra normativa del *Derecho de la Integración Centroamericana*, o de los Acuerdos o resoluciones de sus órganos u organismos;
- c- Conocer de los asuntos que someta directa e individualmente cualquier afectado por los acuerdos del Organo u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana;

Competencia material administrativa. Conocer en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas, dictadas por los Organos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, que afecten directamente a un miembro del personal del mismo y cuya reposición haya sido denegada;

Competencia material constitucional. De igual modo, le corresponde a la Corte, cuando así le sea requerido por los Estados partes conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Organos fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales (ECCJ, 22 f);

Competencia funcional contenciosa La competencia contenciosa es la más amplia y las controversias se dilucidan a través

del procedimiento contencioso que se verá más adelante.

Entre otras, pueden discutirse en esta vía de conocimiento las siguientes causas:

- a- Los conflictos entre los Estados miembros del SICA (22.a)
- b- Los conflictos entre poderes u órganos del Estado (22.f)
- c- Las controversias entre personas y órganos e Instituciones del SICA (22.b)
- d- Las controversias entre particulares y un Estado miembro (22.h)
- e- Los conflictos entre un Estado del SICA y un tercer Estado, cuando expresamente sometan la causa a su conocimiento (22.e)
- f- Las acciones de nulidad o incumplimiento de los acuerdos.

Competencia funcional consultiva de interpretación. La Corte tiene un ámbito de consulta doble:

- a- Actúa como Tribunal de *Consulta Permanente* de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados, con carácter ilustrativo;
- b- Actúa como órgano de *Consulta* de los órganos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, en la interpretación y aplicación del "Protocolo de Tegucigalpa de reformas a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)" y de los instrumentos complementarios y actos derivados de los mismos;

Competencia funcional prejudicial consultiva. También le corresponde resolver en *consulta prejudicial* requerida por todo Juez o Tribunal judicial, de cualquier país miembro, que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del “Sistema de la Integración Centroamericana”, creado por el “Protocolo de Tegucigalpa”, sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.

Competencia funcional arbitral. Conocer y fallar, si así lo decide, *como árbitro*, de los asuntos en que las partes la hubieren solicitado como Tribunal competente. También podrá decidir, conocer y resolver un litigio *ex æquo et bono*, si los interesados, lo convienen;

Atribución de iniciativa legislativa y armonización. Hacer estudios comparativos de las Legislaciones de Centroamérica para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes para realizar la integración jurídica de Centroamérica. Esta labor la realizará en forma directa o por medio de institutos u organismos especializados como el Consejo Judicial Centroamericano o el Instituto Centroamericano de Derecho de Integración;

Nuevas competencias comunitarias. Los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte, aún cuando no hayan ratificado su Estatuto, se ven comprometidos también a reconocer las nuevas competencias que atribuyen otros tratados complementarios y protocolos derivados del Tratado constitutivo.

Efectivamente, algunos Tratados nuevos, como el *Tratado Marco de Seguridad Democrática*, le otorgan competencias a la Corte para resolver cualquier controversia sobre la aplicación o

interpretación del Tratado, una vez agotadas las instancias diplomáticas entre los Estados o los mecanismos alternos de solución de controversias (TMSD, 67): “Artículo 67. Toda controversia sobre la aplicación o interpretación del presente Tratado será elevada a conocimiento de la Reunión de Presidente y en caso de no resolverse, se utilizarán los medios de solución pacífica de las controversias estipuladas en el artículo 45 y en su caso, serán sometidas a la Corte Centroamericana de Justicia”.

Igualmente, el *Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Delitos Conexos* (Panamá, 22 de julio de 1997). Dispuso en su artículo 20. “En toda controversia sobre la aplicación o interpretación del presente Convenio se utilizarán los medios de solución pacífica de controversias, y en su caso serán sometidas al conocimiento de la Corte Centroamericana de Justicia.

También el *Convenio Constitutivo del Centro de Coordinación para la Prevención de Desastres Naturales en América Central* CEPREDENAC) (Guatemala, 29 de octubre de 1993), en su artículo 18. Solución de controversias. Toda controversia sobre la interpretación o aplicación del presente Convenio, deberá tratarse de solucionar a través de la negociación entre los miembros interesados, los buenos oficios o la mediación del Consejo de Representantes, y cuando no pudiera llegarse a un arreglo, las partes o el Consejo podrán someter a la Corte Centroamericana de Justicia.

Igualmente, el Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central (suscrito el 30 de diciembre de 1996), al prever el mecanismo de solución de controversias, dispuso en su

artículo 35: “*Las controversias que surjan entre los Gobiernos respecto a la interpretación y aplicación del Tratado, que no sean resueltas mediante negociación, se remitirán, para su arbitraje, a instancia e una u otra Parte en la diferencia, a la Corte Centroamericana de Justicia o a otro organismo que acuerden las Partes, para su resolución definitiva.*”. Sin embargo, en su Protocolo, suscrito el 11 de julio de 1997, se modificó la referida norma para establecer que las controversias no resueltas mediante negociación se someterán a arbitraje, dejando aún abierta la posibilidad de que la Corte las conozca como tribunal arbitral.

5- La “sumisión” a la Jurisdicción y competencias de la Corte, por los Estados parte del SICA.

La Corte Centroamericana de Justicia es establecida, de manera expresa en el Protocolo de Tegucigalpa de 1991, como un órgano jurisdiccional permanente, para garantizar el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del derecho comunitario, y cuyas decisiones son obligatorias y vinculantes para los Estados miembros (artículo 12).

Aunque su Convenio de Estatuto (CHAMORRO), solo haya sido ratificado por cuatro países (Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala) está vigente desde el 2 de febrero de 1994, y en proceso de ratificación de los restantes Estados miembros, porque de conformidad con el Protocolo de Tegucigalpa, los Estados tienen el deber de negociarlo y suscribirlo dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del Protocolo (artículo 12).

6.- Situación del Estado de Costa Rica y sus ciudadanos, ante la Corte Centroamericana de Justicia, según la Jurisprudencia constitucional.

En diversas sentencias de la Sala Constitucional, Costa Rica ha reconocido la vigencia de la Corte, como órgano jurisdiccional oficial de la integración regional, al cual deben estar sometidos todos los ciudadanos de la Región. (No. 4638-96, 4640-96 y la N° 6619-99).

La obligatoriedad y carácter vinculante de los fallos de la Corte Centroamericana (ECCJ, 1), ha obligado recientemente a la totalidad de los Estados miembros del SICA a promover enmiendas al Protocolo de Tegucigalpa, para ajustarse a los criterios de la Corte. Enmiendas que, sin embargo, atentan contra la integridad del Sistema de la integración (LEON). La enmienda suscrita por los Presidentes, en Managua, el 27 de febrero del 2002, modificó el artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa, para crear un mecanismo de solución de controversias comerciales (entre Estados) distinto de la Corte.

En el ordenamiento jurídico interno, la Ley de Jurisdicción Constitucional (artículo 1), la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 8) y la Ley General de Administración Pública (artículo 4) refieren expresamente al Derecho comunitario como fuente del Derecho, que no puede dejar de ser aplicada por los jueces nacionales. Sin embargo, el artículo 8 del Código Civil establece que ninguna norma internacional tendrá aplicación directa, con lo cual contradice los principios propios de esta materia.

Respecto a la aplicación del D. comunitario, la Sala Constitucional ha reconocido su carácter “supranacional”, en cuanto capaz de imponer a los Estados Partes obligaciones, deberes, cargas o limitaciones más allá de las pactadas y aún en contra de su voluntad. Es cierto, dice la Corte, que la inclusión del concepto “ordenamiento comunitario” se hizo por la Asamblea Legislativa en función constituyente, teniendo en mente el proceso de integración o Mercado Común Centroamericano (Sala Constitucional, N° 1079-92).

En su aplicación concreta, la Sala ha mantenido algunas reservas, algunas veces deduciendo la supremacía de las normas comunitarias respecto a normas internas de inferior rango (leyes o reglamentos internos), o bien, confundiéndolo con normas de carácter puramente internacional (así, en la resolución No. 2289-99 del 26-03-99, relacionada con el Acuerdo de Agricultura de la OMC, confunde la normativa internacional con el ordenamiento internacional).

En relación al Derecho Comunitario material, debe destacarse como primer precedente jurisprudencial la Sentencia Foto Sport, de 1973 (más conocida como “Doctrina Retana”) contra el art. 22 cauca, que otorgó al Comité Ejecutivo la facultad “comunitaria” de decidir sobre temas arancelarios en aras de alcanzar una política de unión aduanera. La misma subrayó como límites constitucionales: competencias esenciales para el orden jurídico constitucional, deben realizar objetivos comunes, respetar los principios y valores constitucionales y no reducir los niveles de protección.

En la Sentencia 791-94, se resolvió la impugnación del artículo 10.15.4 del ReaUCA, que atribuye competencias al Consejo Económico Centroamericano, indicó la

Sala Constitucional que se trata de un acto normativo comunitario suprallegal (resol. 20/1965), aunque aprobado por el ejecutivo. El mismo criterio vertió en el caso 4365-05 contra el Reglamento sobre la Valoración Aduanera de las mercancías, Resolución 115-2004 Comieco (publicada mediante Decreto Ejec. De COMEX-H). En ambos se dijo que no se viola el principio de reserva legal.

En cuanto al Protocolo del Cauca II, en la resolución 6624/94, derivada de consulta legislativa, se dijo que no es inconstitucional, y en la sentencia 4309/2003 Segundo Protocolo del Cauca III, lo consideró válido, señalando que los vicios de procedimiento o validez del acto debía atacarse ante los órganos del SICA. Lo cual le da legitimación a los sujetos para recurrir el acto sea ante el Consejo de Ministros, como ante la Corte Centroamericana de Justicia.

Por otra parte, en la sentencia constitucional 1999/6619 sobre el Acuerdo Centroamericano para la prevención y represión de delitos de lavado de dinero, señaló el mismo no es inconstitucional, dado que Costa Rica aprobó la creación de la Corte, al ratificar el Protocolo de Tegucigalpa, independientemente de sus reparos contra el Estatuto. La falta de ratificación de éste, dijo, “...no es un obstáculo que impida la aprobación del presente Convenio, puesto que si Costa Rica aprobó la creación de la Corte Centroamericana de Justicia, es válida toda cláusula de Derecho Regional que se refiera a ella como órgano competente, independientemente de los reparos que se tengan contra su estatuto”.

En tres casos ha reconocido la formación de un Derecho comunitario institucional: Sala Constitucional, Voto No. 4638-96 del 6-9-96 que es Consulta de constitucionalidad del

Proyecto de Ley de aprobación del “tratado de Integración Social”; Voto No. 4640-96 de 6-9-96 que es Consulta de constitucionalidad del Proyecto de Ley de aprobación del “Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala)”. En ambos casos, la Sala afirmó: “Dada la naturaleza institucional del convenio que nos ocupa, la Sala no encuentra normas que resulten inconstitucionales, ni advierte infracciones al procedimiento de aprobación legislativo. Sin embargo, como este tratado es parte integrante de un sistema de transferencia de competencias, que como ha quedado dicho resulta en un sistema comunitario, aun cuando la transferencia de competencias no se ha dado en forma expresa, aunque prevista en el Protocolo de Tegucigalpa, todo ello implica que para su aprobación se requiere una votación calificada, en los términos que se señalan en el párrafo segundo del inciso 4 del artículo 121 de la Constitución Política” (lo subrayado no es del original).

También ha conocido diversos casos relacionados con la aplicación de un derecho comunitario objetivo (Sala Constitucional, Voto 4242-93 del 27-08-93, 0791-94 del 8-02-94 y No. 7173-97 del 29-10-97, en las cuales se reconoce la supremacía del Derecho Comunitario -en éste caso referidas al Código Aduanero Centroamericano y su Reglamento-sobre el derecho interno de rango inferior) cuya supremacía se impone sobre el derecho interno (Sala Constitucional, Voto 6957-96 del 20-12-96, No. 1293-02 del 8-02-2002, y No. 11.515-02 que otorga supremacía al Convenio Centroamericano sobre Unificación Básica de la Educación, sobre normas de carácter interno, tendientes a la unificación).

Desde el punto de vista jurisprudencial, Costa Rica parece ser el más decidido a aceptar los efectos jurídicos del D. comunitario, a punto tal que la misma Sala Constitucional ha invitado al Parlamento a ratificar el convenio de la Corte Centroamericana de Justicia (Sala Constitucional en el Voto 4638-96, citado anteriormente, indicó: “...la Corte Centroamericana de Justicia, organismo encargado de dirimir los conflictos relacionados con normas de carácter comunitario, y cuyas atribuciones, funcionamiento e integración se regulará por su propio Estatuto, que no ha sido aprobado por Costa Rica. A consecuencia de ello, el país y sus habitantes se encuentran en desventaja frente al Órgano llamado a interpretar y aplicar el Derecho Comunitario, situación que puede resultar de relevancia constitucional, en tanto podría implicar denegación de justicia para los costarricenses, quienes, al igual que los nacionales de los otros países centroamericanos, derivan derechos y obligaciones de las normas comunitarias, y se ven colocados en un plano desigual al acudir a ese Tribunal, merced a la no aprobación de su convenio constitutivo” (lo subrayado no es del original).

Uno de los últimos fallos, el 14.022-08, se refiere al rechazo de la Inconstitucionalidad contra la Ley 7848 que aprobó el Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central y su Protocolo, indicando que toda Centroamérica debe operar como un mercado libre de compraventa de energía, y no podría la Asamblea Legislativa o parlamento de ninguno de los estados contratantes modificar el Tratado, pues únicamente gozan de potestad de tutela limitada a aprobar o improbar el tratado.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL DUEÑO DEL VEHÍCULO CAUSANTE DE UN PERCANCE DE TRÁNSITO O DE UN DELITO

MSc. Yuri López Casal

SUMARIO

Introducción

1. Base fáctica del análisis de la responsabilidad civil extracontractual del dueño del vehículo que causa el daño
2. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres
3. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil
4. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con el artículo 137 del Código Penal de 1941
5. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Promoción de la competencia y Defensa efectiva del consumidor
6. La tesis de la “mutua complementación” entre la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y el Código Civil
7. El concurso de pretensiones en materia de responsabilidad civil del propietario del vehículo que causa daños
 - 7.1. Nociones preliminares sobre la “Anspruchskonkurrenz”
 - 7.2. Surgimiento del concurso de pretensiones (Anspruchskonkurrenz)
 - 7.3. El concurso de pretensiones y la llamada regla de la separación
 - 7.4. Aspectos procesales de la doctrina de la “Anspruchskonkurrenz”
 - 7.5. El concurso de pretensiones resarcitorias en los casos de responsabilidad civil del propietario del vehículo
- 8 Conclusiones

Bibliografía

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL DUEÑO DEL VEHÍCULO CAUSANTE DE UN PERCANCE DE TRÁNSITO O DE UN DELITO

*MSc. Yuri López Casal**

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual del propietario del vehículo que causa un accidente de tránsito o un delito ha sido un tema recurrente del Derecho de Daños costarricense y ha sido, también, objeto de estudios doctrinarios y de múltiples resoluciones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales civiles y penales. No obstante lo anterior, siempre he considerado que ha habido cierta confusión en cuanto al tema que se pretende desarrollar en este trabajo, pues nuestra jurisprudencia no ha sido lo suficientemente clara y unívoca sobre la interpretación de las normas jurídicas que contemplan la obligación de indemnizar daños y perjuicios por parte del dueño del vehículo que causó el accidente de tránsito (generalmente colisiones) o el delito (principalmente homicidios y lesiones culposos). Sobre la base de las normas de responsabilidad civil que establece la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres N° 7331 de 13 de abril de 1993 publicada en el Alcance N° 13 a la Gaceta número 76 del 22 de abril de 1993, reformada por Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La Gaceta N° 248 de 23 de diciembre de 2008, el Código Civil, el Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8

de noviembre de 1971 y la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor N° 7472 de 20 de diciembre de 1994 publicada en La Gaceta N° 14 de 19 de enero de 1995, se pretende hacer un humilde aporte tendente a aclarar cómo y con base en cuáles disposiciones normativas es que responde civilmente el propietario del vehículo que causa daños (patrimoniales y extrapatrimoniales) y perjuicios a otra persona.

1. Base fáctica del análisis de la responsabilidad civil extracontractual del dueño del vehículo que causa el daño.

Para la correcta comprensión del tema de este ensayo es necesario partir del supuesto fáctico de que el conductor del vehículo causante del daño **no** es su dueño. En otras palabras, el marco normativo y jurisprudencial que se citará y aplicará en este trabajo reposa sobre el hecho de que una persona conduce un vehículo ajeno, causa un daño o un delito por manejarlo culposamente y luego el damnificado ejerce su pretensión resarcitoria contra el propietario del vehículo que no lo conducía en el momento en que tuvo lugar el percance de tránsito o el delito.

* Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas. Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, República Federal de Alemania.

2. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres N° 7331 de 13 de abril de 1993 reformada parcialmente por Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La Gaceta N° 248 de 23 de diciembre de 2008.

Aclarado lo anterior, es menester indicar que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 963-A-2006 de las 14:10 horas del 11 de diciembre de 2006¹, resolvió que en aquellos accidentes de tránsito causados por el conductor que no es dueño del vehículo que provocó el daño, el propietario del automotor no responde civilmente con la totalidad de su patrimonio por el menoscabo patrimonial y extrapatrimonial (daño moral) irrogado al damnificado, sino que únicamente responde con el valor que tenga el vehículo. Esta tesis tiene fundamento normativo en los artículos 189, 193 y 194² de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres N° 7331 de 13 de abril de 1993 publicada en el Alcance N° 13 a la Gaceta número 76 del 22 de abril de 1993, reformada por Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La Gaceta N° 248 de 23 de diciembre de 2008. Según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto ya mencionado,

“No obstante, puede darse el caso, de que quien conduzca no sea el dueño del bien. En esa hipótesis, salvo en los supuestos que

adelante se indicarán, en los cuales, se genera una responsabilidad solidaria, el propietario registral no resulta responsable civil pleno con la universalidad de su patrimonio, sino solo con el valor del automóvil. Aquí resulta imperativo aclarar que el ordinal 188 del cuerpo legal aludido estatuye un gravamen de tipo objetivo que se impone sobre el bien con que se ha ocasionado el daño, el cual se anota al margen del asiento registral respectivo. El párrafo inicial de ese mandato indica en lo relevante: “El vehículo con el cual se cause un daño se mantendrá gravado a resultas del proceso respectivo y a la orden de la autoridad judicial que conozca de éste. Esa autoridad ordenará anotarlo al margen del asiento de la inscripción del vehículo, en caso de que esté inscrito...”. Ese gravamen se impone sobre el automotor aun cuando el conductor al momento del accidente no sea el dueño, o no aparezca con esa condición subjetiva en el Registro Público (artículo 192 ibidem). Solo podrá ser levantado cuando exista constancia fehaciente dentro del proceso de cobro civil, de que las reparaciones económicas han sido satisfechas a plenitud, renunciadas de forma legal o sustituida la garantía a satisfacción del juzgador (numeral 193). Así visto, es una carga que pesa sobre el bien, con independencia de quien sea su titular. Se constituye en un gravamen sobre ese exclusivo bien del propietario, sea quien fuere en el transcurso del tiempo. De lo anterior se colige que cuando el titular del vehículo no sea el conductor, su “responsabilidad” se limita al valor del automóvil, el que para los efectos, se

¹ Esta sentencia corresponde a una petición de aclaración y adición que se gestionó con respecto a la sentencia N° 795-F de las 16:00 horas del 31 de octubre de 2005 dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

² Antes de la reenumeración dispuesta por la Ley No. 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La Gaceta No. 248 de 23 de diciembre de 2008 a la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres No. 7331 de 13 de abril de 1993 publicada en el Alcance No. 13 a la Gaceta número 76 del 22 de abril de 1993, los numerales actuales 189, 193 y 194 de ésta última ley correspondían, respectivamente, a los artículos 188, 192 y 193.

constituye en una garantía total o parcial de la indemnización que en definitiva sea dispuesta por el juzgador, lo que deriva del vínculo patrimonial que sobre el bien ostenta –sea, de carácter real–.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la regla de la responsabilidad civil restringida que la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres N° 7331 de 13 de abril de 1993, reformada por la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008, establece sobre el propietario del vehículo causante del daño cuando quien conducía el automotor no era él, sino otra persona distinta, no rige en los supuestos de hecho taxativos (numerus clausus) que establece el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres (antes artículo 187 de esa misma ley especial). Según la Sala Primera de casación, si el damnificado logra demostrar (pues él tiene la carga de la prueba³) la configuración de alguno de los supuestos que establece el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, entonces el propietario del vehículo causante del percance de tránsito o del delito responde de manera solidaria (junto con el conductor del automotor⁴) y plena (con la universalidad de su patrimonio) y con el

valor total de los daños que el Juez le conceda al damnificado) por el daño inflingido al sujeto perjudicado. En efecto, de acuerdo con la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁵,

“Sin embargo, no en todos los casos el propietario está exento de tal deber de restitución del daño. En efecto, como excepción a la regla recién expuesta, la Ley de Tránsito prevé ciertas hipótesis en que el titular asume una responsabilidad solidaria –por ende plena- junto con el conductor. Se trata de causales taxativas y restringidas, condición que deriva del hecho de que agravan la obligación resarcitoria. En este sentido, el precepto 187 ibidem enuncia las siguientes: “ a) El dueño de un vehículo que permita que lo conduzca una persona carente de la respectiva licencia o bajo los efectos del licor o drogas enervantes./ b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público./ c) El propietario que permita que las placas de su vehículo sean utilizadas por otro vehículo al que no le han sido asignadas, o no las entregue a la Dirección General de Transporte Público, para su custodia, si el vehículo al que le fueron asignadas, queda imposibilitado permanentemente para circular./

³ La jurisprudencia nacional, al interpretar y aplicar el artículo 188 inciso b) de la actual Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, el cual era muy similar al otrora artículo 38 de la Ley de tránsito No. 5930 de 13 de setiembre de 1976, ha dicho que si el vehículo con el que se causó el daño era propiedad de una sociedad mercantil, entonces era válido presumir que el automotor era explotado en la actividad comercial a la que se dedicaba esa persona jurídica. Con base en esa presunción, no era imprescindible que el damnificado tuviera la carga de la prueba respecto al hecho de que el automotor era explotado en la actividad comercial a la que se dedicaba la sociedad mercantil propietaria del vehículo. Al respecto ver Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto No. 71 de las 9:00 horas del 15 de abril de 1997 citado por López Casal, Yuri. Compendio de Jurisprudencia Civil. San José, IJSA, 2001, página 393.

⁴ De acuerdo con el artículo 187 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres No. 7331 de 13 de abril de 1993 reformado por la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008, “el conductor de un vehículo, los pasajeros, los peatones y los terceros serán civilmente responsables por los daños y perjuicios que se deriven de un accidente de tránsito que les sea imputable”.

⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 963-A-2006 de las 14:10 horas del 11 de diciembre de 2006.

d) *Toda persona física o jurídica que importe, ensamble, produzca o comercialice vehículos automotores, en caso de que el accidente de tránsito tenga como causa la omisión, en el vehículo o vehículos involucrados en el hecho de tránsito, de las respectivas medidas de seguridad, comprendidas en el artículo 31 de esta Ley.* ” En dichas situaciones, se reitera, el titular del bien asume de manera solidaria la obligación de reparar el daño, otorgándose por ende a la víctima la posibilidad de formular su reclamo contra solo uno de ellos o ambos a la vez. La aplicación de este régimen solidario pende de la demostración, que incumbe a quien acciona (canon 317 inciso 1) del Código Procesal Civil), de la ocurrencia de alguno de estos supuestos referidos, de modo que al no acreditarse, dicho régimen solidario sería inaplicable. Entonces, en esa eventualidad, los términos cuantitativos de la obligación del dueño se limitan al valor del vehículo, sobre el que la ley dispone un gravamen. Es decir, en ese escenario, no puede considerarse plenamente responsable, empero, el bien sobre el que pesa un gravamen cuya imposición viene dispuesta por ley, hace que esa parte específica de su patrimonio responda por la obligación, limitando su obligación civil al valor del vehículo”.

La responsabilidad civil solidaria y plena que el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres impone al propietario del vehículo causante de daños surge cuando el damnificado logre probar eficazmente la configuración de alguno de los supuestos de hecho de esa norma es consecuencia lógica y natural de lo que la Sala de casación establece como diferencia esencial entre la regla general del régimen de responsabilidad civil restringida que pesa sobre el propietario del vehículo causante de la colisión o del delito (cuando otra persona era la que conducía el

automotor) y los supuestos excepcionales de responsabilidad civil solidaria y plena que el numeral 188 de la Ley de Tránsito impone al dueño del vehículo que generó el daño. En otras palabras, si la característica de la responsabilidad civil restringida consiste en que el propietario sólo responde civilmente por los daños causados hasta por el valor del automotor, entonces la “agravación” de responsabilidad civil que para el dueño del vehículo supone la demostración, por parte del damnificado, de alguno de los supuestos del artículo 188 de la Ley de Tránsito, debe traducirse en una responsabilidad civil plena (con la universalidad de su patrimonio y con el valor total de los daños que el Juez le conceda al damnificado) a cargo del propietario. En apoyo de lo expuesto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia N° 633-F de las 15:35 horas del 30 de agosto de 2000, respalda la anterior tesis que sostiene el autor de este ensayo al indicar lo siguiente:

*“IX. En la Ley de Tránsito vigente, si bien con otra redacción, se mantienen los mismos principios en cuanto a la responsabilidad del chofer y del dueño del vehículo, y concretamente del dueño del vehículo cuando el mismo se dedica a las actividades comerciales o industriales, o bien al transporte público de personas. El nuevo numeral de la vigente ley de Tránsito dispone: **“Artículo 187. Responderá solidariamente con el conductor: ... b) las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público”.** A la Sala le consta la interposición de varias acciones de inconstitucionalidad contra la anterior ley de tránsito, pero el numeral 38 no fue afectado, y aún cuando se hubieren suspendido sus efectos o hasta declarada la inconstitucionalidad, si el principio se mantiene prevalece la teoría de la sobrevivencia del*

*derecho derogado. En el espíritu y la letra de la ley se desprende la solidaridad del dueño del vehículo con el daño causado por el conductor. Hay dos tipos de responsabilidad: la primera es si se ha autorizado a conducir a una persona sin licencia, pues en este caso la responsabilidad del causante del daño recae en el mismo dueño del propietario, y no el conductor. La segunda es la responsabilidad solidaria con el daño causado cuando se trate de vehículos dedicados a la actividad industrial o comercial, y de transporte remunerado de personas o carga. **La responsabilidad limitada al valor del vehículo podría ser la de los otros casos pero no el planteado por el casacionista.** Este principio no solo tiene lógica sino también está imbuido de un fuerte raigambre filosófico y de justicia, porque las empresas industriales o comerciales, o bien las empresas destinadas al transporte de personas o carga generalmente contratan a choferes cuyos ingresos y posibilidades económicas en modo alguno podrían indemnizar justa y equilibradamente a los damnificados. En el mundo moderno este tipo de vehículos son los llamados a circular más horas al día (algunos, como los taxis, lo hacen las 24 horas, e incluso con choferes laborando muchas horas en un medio hostil y agresivo), y por tal razón el legislador ha pensado con un sentido distinto, más humano, dignificando la situación del peatón o de los demás automovilistas afectados por el flagelo de los percances automovilísticos, en fin pensando en el ciudadano de la calle, en la persona a quien un daño podría destruirle su vida, sus estudios, su trabajo, dejarlo postrado en una cama por largos años, y sería absolutamente*

injusto dejar la responsabilidad al mero valor del automóvil o a los pobres ingresos de un empleado de una empresa industrial, comercial o de transporte remunerado de personas, pues en este caso la empresa se sirve del chofer para cumplir ese fin y no puede recaer en él la responsabilidad de la empresa. La responsabilidad solidaria involucra a quienes en una empresa industrial o comercial, o en el transporte remunerado de personas o carga, exploten vehículos por cualquier título, por ello no se puede entender la existencia de una condena discriminatoria o atentatoria contra el artículo 33 constitucional, como lo argumenta el recurrente”. (lo subrayado y con negrita pertenece al autor de este trabajo).

Es necesario agregar que la responsabilidad civil solidaria del propietario del vehículo causante del daño que establece el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres vigente surge en la medida en que el damnificado logre probar que el conductor fue el autor responsable del accidente de tránsito, de conformidad con los artículos 1045 del Código Civil y 187 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, normas que contemplan un régimen de responsabilidad civil extracontractual subjetiva directa del conductor no propietario que causa el percance de tránsito. Con base en lo anterior, si no se lograra probar la culpabilidad del conductor del vehículo causante del daño, el dueño del automotor podría ser responsable civil por los eventuales daños y perjuicios que hayan podido causarse derivados del accidente de tránsito, pero por responsabilidad civil extracontractual objetiva de conformidad con

el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil⁶ y no con base en el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres. Así lo ha interpretado acertadamente el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, en el Voto N° 148 de las 10:55 horas del 30 de mayo de 2008, en el cual indicó:

“VII.- La eventual responsabilidad civil extracontractual que le podría caber al codemandado C. B. V. sería la subjetiva, de conformidad con lo establecido en los artículos 1045 del Código Civil y 186 de la Ley de Tránsito. El primero en cuanto estipula que “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.” Y el segundo en cuanto señala que “El conductor de un vehículo, los pasajeros, los peatones y los terceros, serán civilmente responsables por los daños y perjuicios que se deriven de un accidente de tránsito que les sea imputable”. Eso significa, para poder obligarlo a indemnizar los daños y perjuicios que pudiera haber causado con su conducta, que le correspondía a la actora probar que el accidente de tránsito donde perdió la vida su hijo D. de L. ocurrió por la conducta culposa de dicho accionado al conducir el autobús placas número SJB-... el día del percance. De probarse esa culpabilidad, la responsabilidad civil también recaería en forma solidaria en contra de la codemandada A. U. C. S. A., según lo dispuesto en el artículo 187 inciso b) de la Ley de Tránsito, en cuanto establece que responderán solidariamente por los daños y perjuicios, junto con el conductor

culpable de un accidente de tránsito, “Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público”, al ser ella la dueña del vehículo con que se causó el accidente investigado, el cual es dedicado al transporte público de personas. De no probarse la culpabilidad de B. V. en el hecho investigado, la codemandada A. U. C. S. A. aún así podría ser responsable civil por los eventuales daños y perjuicios que hayan podido causarse derivados del accidente de tránsito en cuestión, pero por responsabilidad civil extracontractual objetiva, de conformidad con lo establecido en el párrafo penúltimo del artículo 1048 del Código Civil, que dice: “Y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada”. Pero en ese caso, para eximirse de esa responsabilidad, le correspondía a ella y no a la actora, probar que el hecho dañoso fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada. Lo anterior porque así lo dispone expresamente el citado artículo 1048”. (la negrita es del autor de este ensayo).

La sentencia anterior es valiosa porque viene a aclarar un aspecto de la responsabilidad ci-

6 La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia tiene un criterio diferente pues en un caso en el cual se discutió la responsabilidad civil del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito a la luz del numeral 187 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres (el cual ahora corresponde al numeral 188 inciso b) de esa misma Ley), en el Considerando XII de su sentencia No. 937-F de las 10:30 horas del 2 de noviembre de 2005 indicó que: “En la especie, es claro entonces, que la empresa por el simple hecho de ser la propietaria registral del vehículo causante del daño, responde solidariamente con el conductor culpable del accidente”.

vil del propietario del vehículo causante de la colisión que no ha sido analizado de manera unívoca por nuestros tribunales y que es el siguiente: la responsabilidad civil que el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres impone al dueño del automotor causante de daños materiales y morales no es de tipo objetivo, sino que, simple y llanamente, se trata de una responsabilidad civil solidaria a cargo del propietario del vehículo conjuntamente con el conductor que hubiese causado el percance de tránsito o el delito. En otras palabras, es el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil y no el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres el que establece un régimen de responsabilidad civil objetiva a cargo del dueño del vehículo causante de la colisión. En apoyo de lo expuesto, se trae a colación el Voto N° 148 de las 14:05 horas del 21 de mayo de 2004 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, en el cual se indicó que la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres no contiene ninguna regulación sobre el tema de la responsabilidad civil objetiva⁷, sino que es el Código Civil, en el artículo 1048 párrafo quinto, el cuerpo normativo que, a diferencia de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, sí establece responsabilidad civil objetiva a cargo del propietario del vehículo causante de un accidente de tránsito o de un delito. En la sentencia antes mencionada, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, dispuso:

“VII. El artículo 1 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres indica: “La presente

*Ley regula la circulación de los vehículos, las personas y los semovientes, por las vías terrestres de la nación, que estén al servicio y al uso del público en general. Asimismo, la circulación de los vehículos en las gasolineras; en todo lugar destinado al estacionamiento público o comercial, regulado por el Estado; en las vías privadas y en las playas del país. Igualmente, regula todo lo relativo a la seguridad vial; a su financiamiento; al pago de impuestos, multas, derechos de tránsito y lo referente al régimen de la propiedad de los vehículos automotores, tutelado por el Registro Nacional, con excepción del régimen de tránsito ferroviario”. Por su parte, el ordinal 3 ibídem señala: “Para los efectos de esta Ley, se define como accidente de tránsito, **la acción culposa** cometida por los conductores de los vehículos, sus pasajeros o los peatones, al transitar por los lugares a los que se refiere el artículo 1. En el accidente de tránsito, debe estar involucrado, al menos, un vehículo y producirse daños en los bienes, lesiones o muerte de personas, como consecuencia de la infracción a la presente Ley”. (Lo destacado es suplido). El párrafo 2° del artículo 7 de la aludida ley expresa: “En los casos de accidentes de tránsito, será responsable civil la persona que aparezca como propietaria del vehículo en el Registro, o aquella cuyo documento de traspaso tuviera la última fecha cierta o la fecha de otorgamiento de la escritura anterior al suceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 de esta Ley”. El numeral 186 de la ley en cuestión establece;*

7 Es necesario aclarar que esta sentencia era plenamente correcta en el momento de su emisión, es decir, en el año dos mil cuatro, cuando todavía el artículo 7 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres no había sido reformado por la Ley No. 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La Gaceta No. 248 de 23 de diciembre de 2008. Con la reforma producida al artículo 7 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres mediante la Ley No. 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La Gaceta No. 248 de 23 de diciembre de 2008, el artículo 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres sí establece responsabilidad civil objetiva a cargo del dueño del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito por el solo hecho de ser el propietario del automotor.

“El conductor de un vehículo, los pasajeros, los peatones y los terceros, serán civilmente responsables por los daños y perjuicios que se deriven de un accidente de tránsito que les sea imputable”. Finalmente el ordinal 187 *ibídem* hace referencia a la responsabilidad solidaria con el conductor. En el inciso a) señala como responsable solidario al dueño del vehículo que permita que lo conduzca una persona carente de la respectiva licencia o bajo los efectos del licor o drogas enervantes. En el b) establece dicha responsabilidad solidaria para las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluido el transporte público. **Del análisis de la Ley de Tránsito, especialmente de las normas citadas, se concluye que si bien se trata de una ley especial en el tema de los accidente de tránsito y en el que se hace referencia a la responsabilidad civil por daños y perjuicios, lo cierto es que funda esa responsabilidad en la culpa. Así expresamente lo indica el numeral 3 de la ley en cuestión citado supra al hacer referencia a “la acción culposa”. No obstante, ninguna regulación contiene acerca del tema de la responsabilidad objetiva. El Código Civil sí regula de manera especial ese tipo de responsabilidad. Lo hace en el párrafo 5° del precepto 1048, correctamente aplicado por la a quo. Esa norma señala: “Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada”. La empresa demandada, C. C. R. Sociedad Anónima, tiene como negocio la renta de automóviles. Su nombre comercial es “B. C. R.”. No hay duda que es**

una empresa que explota, que lucra, con el alquiler de vehículos. Ese es su negocio. Por consiguiente, si como consecuencia de un accidente de tránsito en que ha participado uno de los vehículos por ella rentados, muere o resulta lesionada una persona -como sucedió en este caso-, la sociedad mencionada resulta obligada a reparar los daños y perjuicios que de ese accidente se deriven. En este aspecto, el de la responsabilidad objetiva, el Código Civil es especial pues, se reitera, la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres no contiene una regulación específica sobre ese tema. Dicha responsabilidad objetiva está reconocida por el ordenamiento jurídico en virtud de la naturaleza del bien jurídico lesionado, es decir, la integridad psicofísica del ser humano. Respecto de la tutela de la persona no existe normativa específica en la Ley de Tránsito, por lo que resulta entonces aplicable lo dispuesto en el Código Civil. De ahí que no lleva razón la apelante en punto a que es la Ley de Tránsito la aplicable al caso bajo examen y no el Código Civil. En este asunto la empresa que lucra con el negocio de alquiler de autos o “empresa explotadora” como la llama el Código Civil es la obligada al resarcimiento, independientemente de si el conductor del vehículo incurrió, o no, en culpa. No interesa aquí el tema de la responsabilidad subjetiva. Es más bien la demandada quien debió probar que el accidente se produjo por fuerza mayor o por la propia falta de la persona lesionada, en este caso la actora. Por ese motivo la jueza tuvo como indemostrado que la accionada no acreditare ningún eximente de responsabilidad. Lo hizo así, porque en estos casos únicamente la fuerza mayor o la propia falta de la víctima, eximen de responsabilidad a la empresa propietaria del vehículo con que se ha causado el accidente, según los términos a que alude el citado párrafo 5° del precepto 1048 mencionado. Por ese motivo la frase que

cita la recurrente y que, en efecto, contiene la sentencia apelada, no conculca el ordinal 317 del Código Procesal Civil, como lo sostiene la apoderada de la sociedad demandada en su recurso, pues, precisamente, en supuestos como el presente, esa carga probatoria se invierte, debiendo ser la demandada -si quiere eximirse de su responsabilidad- la obligada a demostrar que contaba con causas eximentes de responsabilidad -fuerza mayor o propia falta de la persona lesionada”. (la cursiva y negrita son obra del autor de este trabajo).

Con base en lo expuesto, no se comparte el criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, externado en la sentencia número 578-F de las 10:45 horas del 17 de setiembre de 2003⁸, de acuerdo con el cual el artículo 187 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y que ahora corresponde al numeral 188 inciso b) de esa misma ley, es una norma que establece responsabilidad civil objetiva a cargo del propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito. En efecto, en esa sentencia la Sala Primera de casación indicó:

“V.- Establece el artículo 187 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres, N° 7331: “Responderán solidariamente con el conductor: ... b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales,

incluyendo el transporte público”. Esta norma preceptúa lo que la doctrina ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo creado. En ella “...se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esa responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora de riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad ...” (N° 376, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999). En ella se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirve de ellas, a reparar el daño causado. Tres son los elementos que conforman este tipo de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conllevan peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Desde esta perspectiva, habiéndose demostrado plenamente la responsabilidad del conductor del vehículo de transporte público AB-... en relación con el hecho dañoso, no estaba obligado el actor a probar la existencia de culpa o negligencia del demandado en la producción del daño, pues bastaba su condición de propietario del susodicho

8 Otras sentencias que sustentan esa misma tesis son las siguientes: 1) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 226-F de las 10:40 horas del 31 de marzo de 2004, en la cual se indicó: “El requisito alegado por el casacionista de la imputabilidad del accidente, se refiere a la responsabilidad del conductor, pero el 187 de cita, atañe a personas diferentes al conductor, respecto a los cuales la responsabilidad se configura en forma objetiva” (Considerando VII); 2) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 654-F de las 11:50 horas del 5 de agosto de 2004 (Considerando X). En contraposición con estas sentencias, el voto No. 795-F de las 16:00 horas del 31 de octubre de 2005 de la Sala Primera, al analizar lo dispuesto por el numeral 187 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres (el cual ahora corresponde al canon 188 inciso b) de esa misma Ley), en ningún momento indicó que esa norma regulara, a cargo del propietario del vehículo causante del daño, un régimen de responsabilidad civil de tipo objetivo, sino que solamente indicó que se trataba de una responsabilidad civil solidaria.

automotor, para que naciera su responsabilidad civil solidaria con el conductor. En eso estriba, precisamente, la responsabilidad objetiva. Así las cosas, la participación del demandado en el juicio de tránsito no era obligatoria ni condición necesaria para poder exigir el actor en esta sede la responsabilidad del demandado. En el presente proceso, bastaba con demostrarse la condición de propietario del demandado sobre el vehículo AB-..., para que prosperara la pretensión, toda vez que el daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho que lo ocasionó se demostró en sede de tránsito. Por otro lado, tampoco lleva razón el casacionista cuando insinúa la existencia de una incongruencia por establecer los juzgadores de instancia una responsabilidad solidaria en cabeza de su representado, sin que tal declaración haya sido solicitada expresamente. Basta decir al respecto, que no existe inconsonancia cuando el juez oficiosamente resuelve sobre cuestiones, que si bien no han sido pedidas expresamente, sí van implícitas en la pretensión acogida, como sucede en el presente asunto, donde la solicitud de condena en daños y perjuicios necesariamente conlleva la declaratoria de responsabilidad solidaria del demandado”.

Otra característica relevante del artículo 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres (antes artículo 187 inciso b) de esa misma ley) que es importante abarcar en el estudio de la responsabilidad civil del propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito es el significado de la palabra “explotar”. Como veremos más adelante, esta misma palabra figura expresamente en el texto del numeral 1048 párrafo 5 del Código Civil e implícitamente en el texto del artículo 137 del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del

8 de noviembre de 1971. En un caso en el cual se discutía la responsabilidad civil un vehículo dado en fideicomiso, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 866 de las 10:30 horas del 30 de agosto de 2002, expuso el significado del vocablo “explotar” contenido en el artículo 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres de la siguiente manera:

“Los argumentos expuestos no resultan atendibles: Basta señalar, que el artículo 187 de la Ley de Tránsito dispone la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas que por cualquier título exploten vehículos con fines comerciales. El término “exploten”, como forma verbal, es la conjugación en tercera persona plural, del verbo “explotar” que – entre sus diversas acepciones - significa: “... 2.- **Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio...**” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, décimo novena edición, pág. 598, 1.970 Madrid); (la negrilla y la cursiva son suplidas). En ese entendido, es evidente que la F. M. M. S. A. explota el referido vehículo, en la medida en que lo utiliza para obtener utilidades en su quehacer mercantil como empresa crediticia y en ese entendido, es que en su condición de fiduciaria, responde solidariamente con el conductor y no como de manera incorrecta se ha señalado en la impugnación, por ser una: “... empresa dedicada al transporte de personas” (ver folio 647). Cabe aclarar sin embargo, que dicha responsabilidad -acorde con todo lo antes expuesto- no está referida a la totalidad de su patrimonio, sino al contenido del patrimonio autónomo constituido por la entidad para los efectos del contrato de fideicomiso (confrontar folios 325 a 331) y en ese sentido, corresponde **declarar con lugar el recurso por el fondo.** Se casa parcialmente la sentencia – únicamente - en cuanto fija la

responsabilidad solidaria de la empresa F. M. M. S. A., que se entiende limitada al valor de los bienes por los que se constituyó el fideicomiso. En todo lo demás, permanece incólume el fallo recaído en autos”.

Nótese entonces cómo la responsabilidad civil solidaria que establece el artículo 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres presupone que el propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito utiliza ese automotor para obtener una ganancia, lucro o utilidad de un negocio o industria en provecho propio. Por consiguiente, contrario sensu, podría válidamente sostenerse que si el dueño del vehículo causante del percance de tránsito o del hecho punible no explota dicho automotor con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público, entonces no se configuraría la responsabilidad civil solidaria que estatuye el numeral 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres. Esta aseveración se encuentra respaldada por la sentencia N° 795-F de las 16:00 horas del 31 de octubre de 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se indicó lo siguiente:

“Ahora bien, en el presente caso, el Tribunal estimó que el codemandado C. C., en su calidad de propietario del automóvil placas ..., no debía responder conforme a la regla general, sino a la excepción dispuesta en el inciso b) de cita. Empero, considera la Sala, dicha norma contiene supuestos que la tornan inaplicable al caso concreto. En primer lugar, su texto indica: “Responderán solidariamente con el conductor: ... b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público”. Puede apreciarse que el precepto hace alusión a la utilización del vehículo en una actividad

económica. En tesis de principio, el supuesto de hecho contemplado en la disposición prevé, que será el empresario, quien de manera directa se sirve del vehículo. Se encuentra aquí manifiesto el aforismo jurídico: *aquel quien aprovecha una actividad lucrativa debe a su vez asumir los riesgos y costos inherentes al percance. Es inadmisibles acudir a una interpretación amplia del apartado b) del canon 187 de repetida cita, para entender que la responsabilidad solidaria despliega efectos extensivos hacia los miembros de las personas jurídicas, que llevan a cabo la gestión empresarial. Antes bien, el numeral de análisis establece taxativamente los casos en que responderá con la totalidad del patrimonio, quien ejerza una actividad empresarial, mediante el empleo de vehículos. Por ende, esta norma jurídica debe ser interpretada dentro de los límites que ella impone en forma expresa. En el sub júdice logra apreciarse que el codemandado C. M., conductor del automóvil placas ..., labora para dos firmas mercantiles con personalidad jurídica propia. Si bien dicha camioneta pertenece al codemandado C. C., no logró probarse cómo este percibía un beneficio económico, de manera directa, de la explotación de este automotor. Sin que sea posible establecer un ligamen entre el empleo de dicho vehículo, y la obtención de beneficios patrimoniales generados por las empresas L. M., H. P. L. y C. P. L., que ni siquiera figuran como partes en el presente proceso. En este sentido, yerra el ad quem cuando establece ese vínculo argumentando, que el señor C. M. se dirigía a trabajar al “Proyecto P. L.”, cuando ocurrió el accidente. Nótese que esta afirmación solo implica, que el demandado F. C. en ese momento se desplazó hacia ese lugar, mas no que el vehículo propiedad de don G. sirviera de manera ordinaria en el giro de dicha empresa, donde éste figura como condueño. Siendo, como se expuso, este*

aprovechamiento el presupuesto para aplicar el inciso b), no encuentra la Sala motivo para tener a C. C. como responsable solidario del accidente. Más bien, su obligación de reparar quedará limitada, en los términos del artículo 188 de la Ley de Tránsito, al propio vehículo placas ..., el cual asegurará las resultas de este proceso. Por consiguiente, habrá de acogerse este agravio”.

Además de los artículos 187 y 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, los cuales ya fueron analizados en líneas precedentes, hay otra interesante norma de esa ley especial que se refiere a la responsabilidad civil del dueño del vehículo que provocó daños. Esa norma es el artículo 7, cuya redacción actual, con la reforma producida por la Ley número 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La gaceta Número 248 de 23 de diciembre de 2008, dice de la siguiente manera: “En todo hecho de tránsito en el cual se encuentre involucrado un vehículo, el propietario registral será el responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, la manipulación, la posesión o la tenencia del vehículo aun cuando él no haya sido el conductor del vehículo y el responsable del hecho no sea identificado en un proceso de tránsito; salvo que dicho propietario registral demuestre haber vendido el automotor, por medio de escritura pública con fecha anterior al hecho que se investiga. Asimismo, la parte final del numeral 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres también se encarga de aclarar completamente el contexto de aplicación del numeral 188 de esa misma Ley al indicar que esta última norma lo único que regula es la responsabilidad civil solidaria del propietario del vehículo, es decir, no establece ningún régimen de responsabilidad civil objetiva del dueño del automotor, tal y como erróneamente lo ha venido interpretando la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte

contra éste el proceso correspondiente. Para determinar la responsabilidad civil solidaria del propietario, la gestión se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 y siguientes de esta Ley”.

El texto actual del artículo 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres despeja completamente dudas que la doctrina nacional⁹, de manera válida y acertada, había externado con respecto al texto anterior del numeral 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres antes de la reforma producida mediante la Ley número 8696 de 17 de diciembre de 2008 publicada en el Alcance número 55 a La gaceta Número 248 de 23 de diciembre de 2008. Con el texto vigente, no queda duda alguna de que el propietario del vehículo causante de la colisión o de un delito es responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, la manipulación, la posesión o la tenencia del vehículo aun cuando él no haya sido el conductor del vehículo y el responsable del hecho no sea identificado en un proceso de tránsito; salvo que dicho propietario registral demuestre haber vendido el automotor, por medio de escritura pública con fecha anterior al hecho que se investiga. Asimismo, la parte final del numeral 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres también se encarga de aclarar completamente el contexto de aplicación del numeral 188 de esa misma Ley al indicar que esta última norma lo único que regula es la responsabilidad civil solidaria del propietario del vehículo, es decir, no establece ningún régimen de responsabilidad civil objetiva del dueño del automotor, tal y como erróneamente lo ha venido interpretando la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte

Suprema de Justicia. En conclusión, la única norma que, en la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, contiene un régimen de responsabilidad civil objetivo en cabeza del dueño del vehículo con el cual se causó un accidente de tránsito o una colisión es el actual artículo 7 de esa ley especial y no el numeral 188, el cual únicamente contempla un régimen de responsabilidad civil solidaria, a cargo del dueño del automotor, conjuntamente con el conductor del vehículo.

De la conjunción de los actuales artículos 7, 189, 193 y 194 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y de lo dispuesto en la sentencia número 963-A-2006 de las 14:10 horas del 11 de diciembre de 2006 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se concluye que el propietario del vehículo que causó daños como consecuencia del percance de tránsito o del delito es responsable civil objetivo por tales menoscabos hasta por el valor del automotor, el cual se constituye en una garantía total o parcial de la indemnización que en definitiva sea dispuesta por el Juez.

3. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con el artículo 1048 párrafo 5 del Código Civil.

La doctrina y jurisprudencia de nuestro país han indicado, acertadamente, que el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil establece un régimen de responsabilidad civil objetivo en cabeza de la empresa o persona explotadora de una máquina motiva, un vehículo de ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo en aquellos casos en los cuales una persona muriera o fuera lesionada por alguna de esas máquinas y si la empresa o persona que las explota no prueba que el daño hubiese

sido causado por fuerza o mayor o por la propia culpa de la víctima.

Entre las múltiples sentencias que han interpretado y aplicado el régimen de responsabilidad civil objetivo que establece esa norma, se destaca la sentencia número 182 de las 14:00 horas del 24 de mayo de 2002 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, en la cual se indicó: “VII.- Antes de analizar el caso concreto, es importante dejar establecidos los conceptos básicos que caracterizan a la responsabilidad civil extracontractual subjetiva y a la objetiva. En ese sentido se cita lo que al respecto consideró la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia número 61 de las 14:50 horas del 19 de junio de 1996: IV.- Expone el casacionista en su siguiente cargo que el sentenciador violó por aplicación indebida los artículos 1045 y 1048, párrafo 5, ambos del Código Civil, al confundir la culpa aquiliana prevista en el primero de esos ordinales con la responsabilidad objetiva descrita en este párrafo. En consideración a esa censura, es menester hacer algunas precisiones sobre el tema. El artículo 1045 se ocupa de la responsabilidad extracontractual subjetiva. Supone la culpa del autor del daño. Precisamente por esa razón la obligación de resarcir nace de un incumplimiento culposo al deber general de no causar daño a los demás. La responsabilidad del agente no se establece, por lo mismo, a menos que se demuestre que éste actuó con dolo o culpa. Consecuentemente la carga de la prueba concierne a quien protesta el resarcimiento. La responsabilidad objetiva, a que se refiere el párrafo v del artículo 1048, responde a otra concepción. Es el resultado de una revisión del instituto de la responsabilidad que vino a ser necesaria cuando se tomó conciencia que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspi-

⁹ Manavella Cavallero, Carlos. Responsabilidad civil en la Ley de Tránsito. A propósito de una reciente sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En: Revista Iustitia No. 243-244, marzo-abril de 2007, páginas 17 a 20.

razones de justicia que clamaban en un mundo cada vez más complejo. Exigencias de la realidad, la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna, justificaron que en determinadas situaciones la responsabilidad fuese tratada como un crédito de la víctima que el demandado debía desvirtuar. La teoría del riesgo, según la cual quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconveniencias, permeó la mayor parte de las legislaciones y en el caso de Costa Rica origina el párrafo V de comentario. Esta teoría es también denominada del daño creado, cuyo paradigma de imputación, según lo refiere el Profesor Alterini, "...estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo...ella, agrega, "...prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales..." (Alterini, Atilio. Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, III Edic., Buenos Aires, 1987, pág 106). Consecuentemente, la fuente de la obligación, en la responsabilidad objetiva, no es la culpa, la negligencia, etc., del agente. Por eso para desvirtuar la responsabilidad ninguna importancia tiene que éste logre demostrar que no fue imprudente, negligente o inexperto. Respecto a la responsabilidad objetiva, también la misma Sala dijo lo siguiente: XII.- El artículo 1048 del Código Civil, en sus párrafos 4, 5, y 6, preceptúa lo que la doctrina ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo creado. En ella, se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de

un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora del riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad. Dentro de esta categoría de responsabilidad, la doctrina ubica los accidentes de tránsito. Ello por cuanto, un vehículo es un bien peligroso, tomando en cuenta su naturaleza funcional, sea, cuando se encuentra en movimiento desarrollando determinada velocidad. La responsabilidad objetiva reside en el hecho de que, aquél que, para su propio provecho, crea una fuente de probables daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, queda obligado si el daño se verifica. Para determinar esta responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa puesta en marcha y el daño ocasionado. Nuestra jurisprudencia, desde épocas pretéritas, ha reconocido este tipo de responsabilidad. Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias de la antigua Sala de Casación número 97 de las 16 hrs. del 20 de agosto de 1976; y de esta Sala, entre otras, las números 26 de las 15:10 hrs. del 10 de mayo de 1989; 263 de las 15:30 hrs. del 22 de agosto de 1990; 354 de las 10 hrs. del 14 de diciembre de 1990; 138 de las 15:05 hrs. del 23 de agosto de 1991; 112 de las 14:15 hrs. del 15 de julio de 1992; y, 61 de las 14:50 hrs. del 19 de junio de 1996. En consecuencia, la responsabilidad objetiva emerge de la realización de actividades lícitas o autorizadas, pero que constituyen una fuente de riesgo. En relación, el artículo señalado del Código Civil, en su párrafo 5to. señala: "Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada

a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada.". De acuerdo con la anterior disposición, la carga de la prueba se invierte. Sea, le corresponde a la persona o empresa a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima. En el sub-júdice, ha quedado debidamente acreditado que la sociedad actora, para su propio provecho, creó una fuente de probables daños, los que a la postre ocurrieron. Al respecto, en los hechos probados e), f) y g), se establece que el vehículo en el cual viajaba el joven A. V., en funciones de su cargo, era propiedad de la empresa accionada, la cual lo utilizaba para transportar y distribuir los productos que comercializa. Por una falla en el sistema de frenos, se precipitó en un guindo, perdiendo la vida el señor A. V. Por otro lado, la empresa actora no cumplió con su deber de demostrar que el accidente se produjo como consecuencia de una fuerza mayor. Al respecto, el auto de sobreseimiento dictado a favor del conductor del camión, por el entonces Juzgado Primero de Instrucción de Heredia, no es vinculante en esta vía, de acuerdo con lo expuesto en el considerando XI. A pesar de que en esa resolución se indicó que el accidente se produjo como consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito, términos que se usaron desde el punto de vista penal, y sin entrar a calificar la diferencia entre esos dos institutos, la sociedad demandada debía demostrar, con prueba idónea, que, efectivamente, el accidente se produjo por fuerza mayor. Empero, y como bien lo señala el Tribunal, argumentos que esta Sala comparte en un todo, en autos obran suficientes elementos de juicio, en especial la declaración del señor ..., la cual es digna de todo crédito, por haber sido trabajador de la

accionada, y uno de los ocupantes del camión al momento del accidente, con los cuales se arriba a una conclusión diferente: que esa causa eximente de responsabilidad, entendida como todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse, no está presente. En mérito de lo expuesto, se impone el rechazo del presente agravio. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 376 de las 14:40 horas del 9 de julio de 1999). VIII.- La demandada (C. T. C. M. R. L.) es una empresa que se dedica a una actividad riesgosa: el servicio de transporte público remunerado de personas, en su modalidad de buses. Cuando prestaba ese servicio, con el bus de su propiedad, placas número SJB-..., fue que se produjo el accidente de tránsito que da origen a esta demanda ordinaria, producto del cual resultó lesionado el actor. Por lo tanto no hay duda que se está en presencia de un caso de responsabilidad civil extracontractual objetiva o "sin culpa", tal y como se planteó en la demanda y se resolvió en el fallo recurrido, porque se dan los supuestos a que alude el artículo 1048 del Código Civil, en su párrafo quinto, que ya quedó transcrito en uno de los antecedentes jurisprudenciales anteriormente citados. La actividad a que se dedica la demandada es riesgosa, pues transporta personas en forma masiva, lo que hace a su vez que las unidades que utiliza para ello (los buses) se vean sometidas a un desgaste y deterioro mayor, ya que diariamente deben recorrer varias veces una misma ruta, como sucedía con el bus placas SJB-..., con el que se ocasionó el accidente de tránsito origen de este asunto, el cual recorría la ruta entre el centro de San José y Eso hace que tales unidades definitivamente estén más propensas a sufrir desperfectos como el que sufrió el bus de comentario (desprendimiento de la barra de transmisión mientras estaba circulando), lo

que convierte a la actividad de mérito en riesgosa. Desde ese punto de vista la demandada es responsable civilmente hablando frente al actor, porque esa responsabilidad se impone sobre quien para obtener un beneficio o un lucro, crea un riesgo que llega a causar daños y perjuicios a terceros, por lo que se considera que no es justo que éstos los padezcan. Al efecto se estima que quien creó el riesgo debe asumir sus consecuencias, de modo que, así como toma los beneficios que provienen de la actividad riesgosa o del trabajo de otros, debe asumir los perjuicios que también resulten. Es decir, aquél que para su propio provecho crea una fuente de probables daños y expone a las personas y los bienes ajenos a peligro, queda obligado si el daño se verifica (sobre esos conceptos de responsabilidad objetiva, ver PEREZ VARGAS, Víctor. *Principios de Responsabilidad Extracontractual, en Derecho Privado*, Editorial Publitex, San José, 1ª. Ed., 1988, p. 416). IX.- Con base en lo expuesto, no es de recibo el agravio de la demandada en cuanto considera que no se está en presencia de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual objetiva. Su agravio de que no medió ninguna actuación dolosa o culposa suya, o al menos del conductor del autobús causante del accidente, y que por eso no le cabe ninguna responsabilidad, no es de recibo, porque como ya se indicó, en los casos de responsabilidad civil objetiva se prescinde de la culpa como criterio de imputación, y se atiende más bien para ese efecto al carácter riesgoso o peligroso de la actividad que realiza el sujeto, ya sea éste persona física o jurídica. En la especie ya se analizó que la demandada

realiza una actividad creadora de riesgo, y en ejercicio de esa actividad fue que se produjo el accidente de tránsito que origina esta demanda, y por eso le asiste derecho y legitimación al actor para demandarla, a fin de que responda por los daños y perjuicios que le causó. X.- Las únicas causas eximentes de responsabilidad civil que prevé el citado párrafo quinto del artículo 1048 son que el hecho se hubiere debido a una fuerza mayor, o por la propia falta de la víctima”.

Como se desprende sin dificultad del precedente judicial citado, las únicas causales de exoneración de responsabilidad civil objetiva que establece el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil son la propia culpa de la víctima y la fuerza mayor. El caso fortuito no es, por tanto, causa de exoneración de la responsabilidad civil objetiva que establece la norma bajo estudio y así lo ha expuesto la jurisprudencia civil¹⁰ y penal¹¹ de nuestro país al señalar: “XI.- Pero como ya se indicó anteriormente, aún admitiéndose la tesis de la “fatiga de material”, ésta no es de recibo para tener por cierto, con base en ella, que el accidente se debió a una fuerza mayor, causal eximente de responsabilidad que, dicho sea de paso, es la única que, junto con la propia falta de la víctima, prevé el párrafo quinto del artículo 1048, y no el caso fortuito, al cual la asimila la demandada apelante en sus agravios, lo que no es correcto porque son dos figuras distintas, aunque muy parecidas. “El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad; por esta razón

es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia; para determinar la previsibilidad debe tomarse en cuenta la diligencia del buen padre de familia. Se ha dicho que, si a pesar de darse la diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito; éste exime la culpa; no hay, pues, responsabilidad. Pero, si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia debida, estaremos ante una conducta negligente determinante de responsabilidad. La culpa excluye, en este sentido, al caso fortuito.” (PEREZ VARGAS, Víctor. Op. cit., p. 408). De acuerdo con lo expuesto, el caso fortuito excluye la responsabilidad extracontractual subjetiva, no la objetiva. Ese mismo autor nos ilustra, con cita de doctrina, que es la fuerza mayor la que exime de responsabilidad objetiva, y no el caso fortuito, tesis a la cual se ha adherido también nuestra jurisprudencia (al respecto véase la definición de fuerza mayor dada por la Sala Primera, en la sentencia número 376-99 anteriormente citada: “.todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse...”) Así, señala el autor, que “Colin y Capitan aclaran que los partidarios del sistema de la responsabilidad objetiva en general no están de acuerdo en exonerar de responsabilidad en los supuestos de caso fortuito. Mencionan el ejemplo de una compañía que emplea locomotoras, la cual no puede impedir que proyecten chispas a distancia, chispas que pueden incendiar cultivos; la compañía no ha incurrido en culpa; los incendios que se puedan producir serán resultado de un caso fortuito; sin embargo, es necesario que la compañía soporte las consecuencias de un hecho inherente a su explotación y debe responder; en cambio, supongamos que un ciclón derriba los andamios levantados por un contratista; éste no responde de los daños causados; no

proceden de una actividad suya, sino de una fuerza mayor.” (Op. cit., p. 417). Se afirmó que la “fatiga de material” de ser cierta no excluye la responsabilidad objetiva de la demandada en este caso en concreto, porque a lo sumo a lo que podría dar lugar es a un caso fortuito, y no a un evento de fuerza mayor, por ser una cuestión previsible dado el esfuerzo y consiguiente desgaste diario a que se ven sometidos los buses que explota la empresa demandada, y por tanto es evitable que con ellos se causen daños a terceros. Por eso los testimonios ofrecidos por la demandada, y que se evacuaron en primera instancia con carácter de prueba para mejor proveer, en cuanto con ellos se pretendió probar que el bus causante del accidente había sido objeto de revisión exhaustiva justo días antes del suceso, y en general la “fatiga material” alegada, no permiten excluir la responsabilidad que le cabe a la accionada en este caso en concreto. Por todo lo anteriormente expuesto no es de recibo el agravio suyo que ha venido analizándose, en el sentido de que en la especie ocurrió un evento de fuerza mayor, que la exime de responsabilidad. Finalmente tampoco es de recibo el agravio de que el juez a quo oficiosamente sustituyó la inercia de la actora en materia probatoria, aplicando rígidamente la teoría de la responsabilidad objetiva, ya que en este caso era a la demandada a quien le correspondía probar la existencia de las dos únicas causas eximentes de responsabilidad objetiva previstas en la ley, ya analizadas, y no lo hizo (artículo 317 inciso 2) del Código Procesal Civil)” (Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto N° 182 de las 14:00 horas del 24 de mayo de 2002).

Otro requisito constitutivo de la responsabilidad civil objetiva que establece el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil y que no ha sido analizado por la doctrina ni por la jurisprudencia

¹⁰ Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto No. 182 de las 14:00 horas del 24 de mayo de 2002.

¹¹ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto No. 608 de las 9:15 horas del 26 de mayo de 2008.

costarricenses es el atributo que esa norma le asigna a la persona o empresa propietaria de una máquina motiva, un vehículo de ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo. Ese atributo es el adjetivo calificativo “explotadora” que indudablemente se refiere a los sustantivos “empresa” y “persona” contenidos en esa norma. Por consiguiente, atendiendo a las reglas de la Gramática española, es válido afirmar que solamente en la medida en que una persona o empresa “exploten” alguna de esas máquinas enumeradas en la disposición normativa bajo análisis, podrá atribuírseles responsabilidad civil objetiva en caso de que otra persona fuese lesionada o perdiera la vida como consecuencia de la explotación de alguno de esos objetos. A contrario sensu, la persona física o jurídica dueña de alguna de las máquinas indicadas en el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil que no la explote, no sería, según el texto claro y expreso de la norma, responsable civil objetivo de los daños y perjuicios causados por una de esas máquinas al damnificado.

La conclusión anterior no sólo se sustenta en las reglas de la gramática española relacionadas con la función de los adjetivos calificativos, sino también en el sentido mismo, en la razón de ser específica, del instituto

de la responsabilidad civil objetiva cual es, precisamente, que aquél que, para su propio provecho, crea una fuente de probables daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, queda obligado a resarcir el daño que se derive del riesgo creado. Por esta razón es que el adjetivo calificativo “explotador” encaja y concuerda perfectamente con el resto del contenido del artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil que, como ya ha quedado demostrado, es una de las normas que establece el régimen de responsabilidad civil objetivo en nuestro Derecho de Daños.

Como se analizó supra, el significado de la palabra “explotar” es obtener una ganancia, lucro o utilidad de un negocio o industria en provecho propio¹². Con base en este significado, se concluye que para que una persona o empresa (como lo indica expresamente el numeral 1048 párrafo 5 del Código Civil) puedan responder civil y objetivamente por el daño causado, es menester que el damnificado demuestre que tal persona o empresa “explotan” alguno de los objetos enumerados en forma ejemplificativa (numerus apertus) por la norma en cuestión¹³. Si el requisito legal de la “explotación” no queda demostrado¹⁴, considero que a la persona o a la empresa dueña de la máquina motiva u

12 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 866 de las 10:30 horas del 30 de agosto de 2002.

13 Al ser un requisito constitutivo de la responsabilidad civil objetiva, la carga de la prueba le corresponde al damnificado porque es él y no el agente causante del daño el que debe demostrar el hecho constitutivo de su derecho al resarcimiento (Artículo 317 inciso 1) del Código Procesal Civil). En la responsabilidad civil objetiva, el agente causante del daño únicamente tiene la carga de la prueba con respecto a las causales de exoneración de responsabilidad civil (culpa de la víctima o fuerza mayor), según lo dispone claramente el artículo 317 inciso 2) del Código Procesal Civil.

14 Como ya se reseñó en la nota de pie de página número 3 de este trabajo, ha sido vía jurisprudencial que se ha acudido a presunciones para liberar al damnificado de la carga de la prueba de los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil. No obstante, el principio general que debe ser observado es que el damnificado tiene la carga de la prueba con respecto a los hechos constitutivos de su derecho al resarcimiento, con lo cual el uso de presunciones solamente puede aceptarse de manera restrictiva, en aquellos casos en que la jurisprudencia, en su papel de intérprete e integrador del Derecho, hubiese aceptado tal posibilidad, tal y como sucede con aquellos supuestos en los cuales se ha resuelto que si el vehículo con el que se causó el daño era propiedad de una sociedad mercantil, entonces era válido
(continúa en la siguiente página)

objeto no se les podría atribuir responsabilidad civil objetiva por el daño causado.

Como aspecto final relacionado con la responsabilidad civil objetiva que establece el numeral 1048 párrafo 5 del Código Civil, es menester indicar que en caso de configurarse los requisitos que establece esa norma y si la persona o empresa que explotan las máquinas u objetos allí mencionados no prueban la fuerza mayor ni la culpa de la víctima (causales de exoneración de la responsabilidad civil objetiva), entonces el dueño de la máquina motiva responde con la totalidad de su patrimonio (Artículo 981 del Código Civil), por el monto total de los daños y perjuicios que el Juez le otorgue al damnificado y solidariamente con el conductor causante directo e inmediato del accidente de tránsito o del delito. Responde con la totalidad de su patrimonio porque el Código Civil, a diferencia de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, no contiene normas similares ni idénticas a los artículos 189, 193 y 194 de esa ley, por lo cual lo lógico y razonable es aplicar la norma civil del principio de universalidad del patrimonio, con base en el cual “todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas”. Debe responder por el monto total (o sea, no únicamente hasta el valor del vehículo causante del daño) de los daños y perjuicios que el Juez le otorgue en sentencia al damnificado, ya que la correcta interpretación e inteligencia del artículo 981 del Código Civil conduce a concluir que el deudor debe pagar sus obligaciones con la totalidad de su

patrimonio y por el monto total de las deudas, máxime que esa norma civil no contiene ninguna restricción o limitación de la obligación de pago de la deuda hasta determinado monto. Finalmente, debe responder en forma solidaria, es decir, conjuntamente con el conductor por el monto total de los daños y perjuicios, porque ello forma parte de las características esenciales y definitorias de todo régimen de responsabilidad civil objetivo. Si mediante este tipo de responsabilidad civil se trata de imponerle al dueño de la fuente creadora de riesgos el deber de resarcir el daño causado, pues el sentido común permite concluir que tanto él como la persona que utiliza o manipula el objeto creador de riesgos pueden ser obligados a pagar la totalidad del importe de los daños y perjuicios causados.

4. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con el artículo 137 del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971.

De acuerdo con el artículo 103 inciso 2) del Código Penal, todo delito tiene como consecuencia la reparación civil de los daños y perjuicios y una de las formas en que se materializa es mediante la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros. Esto mismo se encuentra establecido en el artículo 122 del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes

presumir que el automotor era explotado en la actividad comercial a la que se dedicaba esa persona jurídica. Con base en esa presunción, no era imprescindible que el damnificado tuviera la carga de la prueba respecto al hecho de que el automotor era explotado en la actividad comercial a la que se dedicaba la sociedad mercantil propietaria del vehículo. Al respecto ver Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto No. 71 de las 9:00 horas del 15 de abril de 1997 citado por López Casal, Yuri. Compendio de Jurisprudencia Civil. San José, IJSA, 2001, página 393.

sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971. Estas reglas especifican los aspectos que conlleva la reparación civil.

Para los fines de este trabajo, la norma con base en la cual es jurídicamente posible exigir al propietario de un vehículo el resarcimiento de daños y perjuicios producidos como consecuencia del delito cometido con el automotor es el numeral 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971. Dicha norma dice lo siguiente:

“Artículo 137: Están asimismo obligados a la reparación civil, solidariamente: 1) Las compañías de ferrocarriles o de tranvías y las personas naturales o jurídicas dueñas de cualquier empresa de transporte, de personas o de objetos, así como de casas de comisión o agencias aduaneras y almacenes generales, en cuanto a los actos u omisiones punibles, relativos al servicio de la empresa, que se imputaren a sus gerentes, administradores, conductores, capitanes, agentes, factores y demás dependientes suyos”.

La norma en cuestión establece un régimen de responsabilidad civil solidario a cargo de las compañías de ferrocarriles o de tranvías y a cargo de las personas naturales o jurídicas dueñas de cualquier empresa de transporte, de personas o de objetos en cuanto a los actos u omisiones punibles relativos al servicio de la empresa y que se imputaran a sus gerentes, administradores, conductores, capitanes, agentes, factores y demás dependientes suyos. Considero que, al igual que sucede con la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres (Artículo 188), el numeral 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas

Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971 no establece ningún régimen de responsabilidad civil objetivo a cargo de las personas físicas y jurídicas indicadas en esa norma. Solamente establece un régimen de responsabilidad civil solidario, el cual se configura legalmente en la medida en que el damnificado logre probar que el conductor o cualquier otra de las personas descritas en esa norma fue el autor responsable del delito cometido con el vehículo. Con base en lo anterior, si no se lograra probar la culpabilidad del conductor del vehículo causante del daño, el dueño del automotor podría ser responsable civil por los eventuales daños y perjuicios que hayan podido causarse derivados del accidente de tránsito, pero por responsabilidad civil extracontractual objetiva de conformidad con el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil.

Al igual que sucede con los artículos 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y con el artículo 1048 párrafo 5 del Código Civil, considero que el numeral 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971 implícitamente incorpora el concepto de “explotación” que sí figura en forma expresa en los textos normativos de las dos normas antes indicadas. Esta afirmación queda probada al analizar el significado de la frase “*relativos al servicio de la empresa*” que se encuentra en el artículo 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971. No cabe duda que esa frase alude a la actividad o giro empresarial de las compañías de ferrocarriles o de tranvías y de las personas naturales o jurídicas dueñas de cualquier empresa de transporte, de personas o de objetos. En conclusión, para que se pueda

aplicar el régimen de responsabilidad civil solidario del artículo 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971, es menester que, en tesis de principio¹⁵, el damnificado demuestre que se configura el requisito que recoge la frase “*relativos al servicio de la empresa*”.

5. La responsabilidad civil del dueño del vehículo causante del daño de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor N° 7472 de 20 de diciembre de 1994 publicada en La Gaceta N° 14 de 19 de enero de 1995

El dueño de un vehículo con el cual se causa un accidente de tránsito o un delito también puede ser obligado al pago de los daños y perjuicios irrogados al damnificado con base en el artículo 35 de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor N° 7472 de 20 de diciembre de 1994 publicada en La Gaceta N° 14 de 19 de enero de 1995, el cual dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resul-

ta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.

Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.

Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor”.

La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia¹⁶ ha expresado que esta norma contiene un régimen de responsabilidad civil objetivo y solidario en cabeza del productor, el proveedor y el comerciante si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Asimismo, al igual que sucede con el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil, el productor, el proveedor y el comerciante solamente se eximen de responsabilidad civil objetiva en los términos del artículo 35 de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor si demuestran la culpa de la víctima o la fuerza mayor.

¹⁵ Se afirma esto porque, como ya se indicó en la nota de pie de página número 3 de este trabajo, la jurisprudencia nacional, al interpretar y aplicar el artículo 188 inciso b) de la actual Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, el cual era muy similar al otrora artículo 38 de la Ley de tránsito No. 5930 de 13 de setiembre de 1976, ha dicho que si el vehículo con el que se causó el daño era propiedad de una sociedad mercantil, entonces era válido presumir que el automotor era explotado en la actividad comercial a la que se dedicaba esa persona jurídica. Con base en esa presunción, no era imprescindible que el damnificado tuviera la carga de la prueba respecto al hecho de que el automotor era explotado en la actividad comercial a la que se dedicaba la sociedad mercantil propietaria del vehículo. Al respecto ver Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto No. 71 de las 9:00 horas del 15 de abril de 1997 citado por López Casal, Yuri. Compendio de Jurisprudencia Civil. San José, IJSA, 2001, página 393.

¹⁶ Al respecto ver Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 646-F de las 16:45 hrs. del 22 de agosto de 2001.

Claro está que este régimen de responsabilidad civil objetivo se aplicaría en las relaciones jurídicas que se crean entre el comerciante o proveedor dueño del vehículo y el consumidor, tal y como sucede, por ejemplo, con el servicio de transporte remunerado de personas en autobuses, taxis, trenes, aviones y barcos. El pasajero que viaja en alguno de estos medios de transporte es consumidor final del servicio de transporte en los términos en que lo establece el artículo 2 de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor y los dueños de tales medios de transportes son comerciantes también de la forma en que lo define el numeral 2 de la misma ley citada. Por consiguiente, considero que en la relación comerciante-consumidor que se genera con el servicio de transporte de personas (transporte de consumidores), si el pasajero-consumidor resulta perjudicado por la acción culposa protagonizada por el conductor del vehículo que pertenece al comerciante o proveedor, entonces éste último responderá de manera objetiva por los daños y perjuicios que se le causen a los pasajeros (consumidores) que viajan en el medio de transporte (autobús, tren, vehículo, barco o avión).

Por otra parte, tal y como acontece con el numeral 1048 párrafo 5 del Código Civil, si se prueban los atributos de comerciante o proveedor y de consumidor que aparecen definidos en el artículo 2 de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor y si el comerciante o proveedor no prueban la fuerza mayor ni la culpa de la víctima (causales de exoneración de la responsabilidad civil objetiva), entonces el comerciante o proveedor dueño del vehículo que ofrece el servicio de medio de transporte para el pasajero-consumidor responde ante éste con la totalidad de su patrimonio (Artículo 981 del Código Civil), por el monto total de los

daños y perjuicios que el Juez le otorgue al damnificado y solidariamente con el conductor causante directo e inmediato del accidente de tránsito o del delito.

6. La tesis de la “mutua complementación” entre la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y el Código Civil

Otro perfil del tema de la responsabilidad civil del propietario del vehículo causante de daños que provienen de un accidente de tránsito o de un delito es la tesis de la “mutua complementación” que, según la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se verifica entre el actual artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres (antes artículo 187 de esa ley especial) y el numeral 1048 del Código Civil. Básicamente lo que propone este planteamiento es que el canon 188 de la actual Ley de Tránsito por vías públicas terrestres no deroga el artículo 1048 del Código Civil, sino que ambas disposiciones normativas se complementan entre sí. En la sentencia número 654-F de las 11:50 horas del 5 de agosto de 2004, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó:

“X.- Tocante a la responsabilidad de la empresa dueña del vehículo, precisa anotar lo siguiente. El artículo 187 inciso b) de la Ley número 7331 del 13 de abril de 1993, Ley de Tránsito, preceptúa: “Responderán solidariamente con el conductor: ... b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público.” Esta norma es similar a la contenida en la anterior Ley de Tránsito, número 5930 del 13 de setiembre de 1976, en su canon 38:

“El conductor de un vehículo será responsable por los daños y perjuicios que se deriven de un accidente que le fuere imputable por dolo, falta, negligencia o imprudencia. También lo será el dueño del vehículo que permitiere que una persona carente de la respectiva licencia lo conduzca. Además, todos aquellos que, por cualquier título explotaren vehículos en una empresa industrial o comercial, o en el transporte remunerado de personas o carga, responderán, solidariamente con el conductor, de los daños y perjuicios que se originen en un accidente, en que ese conductor fuere responsable.”. Esta Sala, en el voto número 15 de las 14 horas 30 minutos del 13 de abril de 1994, al analizar la supuesta derogación tácita del artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil, operada por la norma trascrita, en un asunto muy similar al presente, pues se trataba de un proceso ordinario en el cual se pretendía el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de un accidente automovilístico, en donde, en sede penal, el conductor fue sobreseído, concluye que, lejos de una derogatoria, lo existente, más bien, es una relación de complementariedad. En relación y, en lo conducente, señaló: “V.- Otro agravio que alude el recurrente es que el fallo tiene como base el artículo 1048 del Código Civil, lo que en opinión del gestionante constituye una flagrante violación de las disposiciones contenidas en la Ley de tránsito por haber sido tácitamente derogado ese artículo por la mencionada Ley de Tránsito. Ante el agravio indicado es necesario resaltar que el artículo 38 de la Ley de Tránsito número 5930 del 13 de setiembre de 1976, establece responsabilidad para el dueño del vehículo, que consiste en ser obligado solidario al pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que se impusieron al responsable de haberlos ocasionado. Esta solidaridad, que tiene su origen en la Ley, deberá ser declarada

en sentencia. Hay que señalar, además, que la jurisdicción civil no está subordinada a la penal en el caso de hechos culposos, y quienes hayan fungido como imputados en éstos, quedan con la responsabilidad civil, independientemente de que hayan sido o no sobreseídos por el ilícito penal. Ahora bien, en caso de obligados a la reparación de daños y perjuicios, como lo es la situación de estudio, la acción que emprendan los perjudicados en la vía ordinaria encuentra amplio y suficiente respaldo legal, no sólo en el artículo 38 de la Ley de Tránsito ya aludido, sino, también, en las disposiciones del artículo 1048 del Código Civil. Lo cierto del caso es que estas normas, en ningún momento se contradicen, ni se derogan entre sí, como alega el recurrente, ya que como lo ha expuesto esta Sala “...la derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual se hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro derecho positivo en el artículo 8 del Código Civil en relación con el artículo 129 de la Constitución Política. De acuerdo a esas disposiciones, la derogatoria puede ser expresa o tácita. La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción. La derogatoria opera cuando se dicta un acto legislativo proveniente del mismo órgano que sancionó la primera ley o de otro de jerarquía superior, como la Asamblea Constituyente. Lo determinante es que el acto derogatorio, tácito o expreso, emane del mismo órgano que emitió la norma anterior, y que la derogante sea dictada dentro del límite de las facultades dadas por el ordenamiento a dicho órgano emisor” (Sentencia número 138 de las 14:30 horas del 26 de agosto de 1992). Del análisis del texto precedente se concluye, que la derogatoria alegada no es de aplicabilidad, a las normas aquí contrapuestas y calificadas,

la una como especial y la otra como general. Es cierto que en la responsabilidad por el accidente de tránsito investigado, se aplica el artículo 38 de la Ley de Tránsito ya indicado, pero complementariamente le es aplicable, también, la normativa específica del Código Civil, contenida expresamente, en el artículo 1048 del citado Código. El artículo 38 de la Ley de Tránsito establece una responsabilidad civil, pero en forma, todavía más específica la contiene, también, la norma aducida del Código Civil. Además, por no existir incompatibilidad entre ambas, una no deroga a la otra, ni existe contradicción entre ellas, ya que básicamente lo que se da es una mutua complementación”.

El carácter complementario de ambas disposiciones normativas luce como un mero planteamiento teórico creado por la jurisprudencia de la Sala Primera de casación, ya que, hasta donde humildemente se conoce, nuestro máximo tribunal civil nunca ha explicado, cómo se traduce, en la praxis, esa tesis. Más bien considero que la tesis de la “mutua complementación” es contradictoria con aquellos fallos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que, de manera incorrecta, han sentado el principio de que el actual numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres establece un régimen de responsabilidad civil objetivo en cabeza del propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o de un delito¹⁷. Si de acuerdo con esa línea jurisprudencial que propugna que el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres establece un régimen de responsabilidad civil objetiva, entonces

porqué y para qué debería haber una “mutua complementación” entre esa norma y el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil, el cual también contempla un régimen de responsabilidad civil objetivo a cargo de la persona o empresa explotadora de alguna de las máquinas u objetos mencionados en esa norma. Si ambas normas, según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, contemplan el mismo tipo de responsabilidad civil (objetivo) en cabeza del dueño del vehículo causante de la colisión o del delito, me pregunto dónde yace la “mutua complementación”, si la complementariedad, desde el punto de vista etimológico y semántico, supone que dos cosas tienen atributos distintos y por ello se completan mutuamente, se complementan. Esto también muestra, a mi juicio, cómo el planteamiento de la complementariedad expuesto por la Sala Primera de casación es equívoco e incoherente.

7. El concurso de pretensiones en materia de responsabilidad civil del propietario del vehículo que causa daños

Radicalmente distinto y más interesante que la tesis de la “mutua complementación” es el análisis del tema del concurso de pretensiones que, a mi juicio, se da entre las diferentes disposiciones normativas que, según se ha analizado en este trabajo, regulan la responsabilidad civil del propietario del vehículo que causa daños como consecuencia de un percance de tránsito o de una colisión¹⁸.

17 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 578-F de las 10:45 horas del 17 de setiembre de 2003 y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 226-F de las 10:40 horas del 31 de marzo de 2004.

18 En Alemania, el autor Günter Christian Schwarz ha probado la posibilidad de aplicar la teoría del concurso o concurrencia de pretensiones en los casos de daños causados como consecuencia de accidentes de tránsito. Al respecto ver Schwarz, Günter Christian, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 3, Rdnr. 10.

Con la denominación “**Anspruchskonkurrenz**”¹⁹ (concurso o concurrencia de pretensiones), la doctrina civil alemana ha estudiado aquellos casos en los que se pretende determinar cuáles y cuántas pretensiones resarcitorias se pueden ejercitar a causa un mismo hecho dañino, el cual llena los requisitos legales de varias normas (contractuales y legales) que contemplan la posibilidad de exigir la indemnización de daños irrogados a la esfera jurídica del damnificado.

7.1. Nociones preliminares sobre la “Anspruchskonkurrenz”

Con el fin de comprender plenamente la doctrina de la “Anspruchskonkurrenz”, es necesario definir ciertos conceptos teóricos que son los que conforman el núcleo de esa institución jurídica alemana.

En primer lugar, debe partirse del concepto de “pretensión” (“**Anspruch**”) regente en el Derecho Civil alemán. De acuerdo con el autor Dieter Medicus²⁰, el vocablo “pretensión” tiene dos significados muy claros en el Derecho Privado alemán (**sog. “doppelte Bedeutung von Anspruch**”):

a) Desde la perspectiva del Derecho Procesal, “pretensión” significa el específico comportamiento o prestación que el actor le solicita al Juez que se le conceda frente al demandado y por parte de éste último. Esta acepción del concepto “pretensión” es la que se encuentra en el párrafo 253 párrafo segundo del Código Procesal Civil alemán (ZPO= Zivilprozessordnung), norma que

establece que uno de los requisitos de la demanda es la formulación de la pretensión y;

b) En el marco del Derecho sustantivo o material, el párrafo 194 párrafo primero del Código Civil alemán define la pretensión como el derecho subjetivo en virtud del cual una persona puede exigir de otra una prestación consistente en hacer o no hacer algo. Esta segunda acepción del concepto “pretensión” es la que doctrinariamente se denomina como concepto jurídico-material de pretensión (“**materiellrechtlicher Anspruchsbegriff**”)²¹.

En segundo lugar, es indispensable hacer la distinción entre “**pretensión**” (Anspruch) y “**fundamento de la pretensión**” (Anspruchsgrundlage)²².

El fundamento de la pretensión es la base negocial o legal en virtud de la cual el titular de la pretensión puede ejercitarla.

Ejemplo: El artículo 631 del Código Civil alemán define el contrato de obra de la siguiente manera: “Deberes contractuales típicos en el contrato de obra. (1) Por el contrato de obra el contratista se obliga a la producción de la obra prometida y el comitente se obliga al pago de la remuneración pactada. (2) Pueden ser objeto del contrato de obra tanto la producción o modificación de una cosa como otro resultado a obtener mediante el trabajo o una prestación de servicios”. Con base en esta norma, se tiene que el fundamento de la pretensión de pago de la obra que le asiste al contratista no es, simplemente, el mencionado párrafo

19 Un análisis completo del instituto de la „Anspruchskonkurrenz“ puede encontrarse en López Casal, Yuri. Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones. En: Revista Judicial No. 95, marzo de 2010.

20 Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. neu bearbeitete Auflage, 2002, Seite 35, Rdnr. 73.

21 Medicus, Dieter, op. cit., Seite 36, Rdnr. 74.

22 Al respecto ver Bork, Reinhard. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, 2006, Seite 120, Rdnr. 292.

631 del Código Civil alemán, sino que es el contrato de obra celebrado entre el contratista y el comitente. Es entonces con base en ese negocio jurídico (fundamento de la pretensión) que el contratista puede exigirle al comitente el pago (pretensión) de la obra realizada²³.

Por otra parte, el fundamento de la pretensión también puede ser de origen legal (gesetzliche Anspruchsgrundlage) y un ejemplo de ello es el parágrafo 985 del Código Civil alemán, el cual contempla la pretensión de devolución de la cosa que tiene el propietario frente al poseedor. Los fundamentos de la pretensión de tipo u origen legal se denominan también “Anspruchsnormen” y éstos sí hacen referencia a normativa legal pura y expresa que le confiere a un sujeto el derecho de ejercer una pretensión frente a otro.

7.2. Surgimiento del concurso de pretensiones (Anspruchskonkurrenz)

La interrogante a la cual busca darle tratamiento y solución la teoría o doctrina del concurso de pretensiones consiste en determinar cuáles y cuántas pretensiones resarcitorias se pueden ejercitar a causa un mismo hecho dañino, el cual llena los requisitos legales de varias normas (contractuales y legales) que contemplan la posibilidad de exigir la indemnización de daños irrogados a la esfera jurídica del damnificado.

Así las cosas, por un mismo hecho dañino, el damnificado tendría a su disposición, de manera conjunta y simultánea, dos o más fundamentos negociales y legales, con base en los cuales podría exigir el resarcimiento del daño inflingido a su esfera jurídico-económica²⁴.

Éste es, pues, el sustrato fáctico al que le pretende dar solución la doctrina del concurso de pretensiones. Como lo indica Dieter Medicus, “en tales casos como cuando se da, por ejemplo, por parte del arrendatario, el daño culposo de la cosa arrendada, en los cuales el arrendante tiene una pretensión contractual de resarcimiento del daño por violación contractual (Vertragsverletzung) como también una pretensión de responsabilidad civil extracontractual (por lesión al derecho de propiedad, Eigentumsverletzung (§ 823 párrafo primero del Código Civil alemán)), la doctrina mayoritaria considera que se dan dos pretensiones materiales (zwei materiellrechtliche Ansprüche), a pesar de que el deudor solamente puede obtener una sola vez el resarcimiento del daño. En tales casos se habla de ‘Anspruchskonkurrenz’”²⁵.

En este punto es necesario traer a colación la distinción que hace la doctrina civil alemana entre la “Anspruchskonkurrenz” y la “Anspruchsnormenkonkurrenz”²⁶.

²³ De acuerdo con Bork, este ejemplo del contrato de obra es una ilustración del fundamento de la pretensión de tipo negocial (rechtsgeschäftliche Anspruchsgrundlage). Ver Bork, Reinhard, op. cit., Seite 120, Rdnr. 292.

²⁴ De acuerdo con el autor alemán Rolf Belke, “el concurso de pretensiones se da cuando el mismo caso o situación fáctica llena los supuestos de hecho de varias normas que tienen iguales o diferentes consecuencias jurídicas”. Al respecto ver Belke, Rolf. Prüfungstraining Zivilrecht. Band 1: Fallbearbeitung und Anspruchsmethode, 2. Auflage, 1995, Seite 257.

²⁵ Medicus, Dieter, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005, Seite 135, Rdnr. 356 ff.

²⁶ En Costa Rica, el jurista Juan Marcos Rivero Sánchez, con base en sus estudios doctorales en Alemania, fue el pionero de la distinción entre ambos institutos. Al respecto ver Rivero Sánchez, Juan Marcos, Responsabilidad civil. Tomo II., 2. ed., 2001, páginas 256 y siguientes.

De acuerdo con el autor Günter Christian Schwarz, la distinción entre ambos institutos yace en lo siguiente: En la denominada “Anspruchsnormenkonkurrenz” el damnificado tiene una sola pretensión resarcitoria, la cual se basa en una pluralidad de fundamentos jurídicos. Por el contrario, en la “Anspruchskonkurrenz” el damnificado tiene varias y diferentes pretensiones resarcitorias, de las cuales una se fundamenta en el contrato y otra en la ley²⁷.

Para una mejor comprensión de lo anterior, se puede utilizar el siguiente ejemplo:

F contrató al pintor P para que le pinte la casa por dentro. Durante la ejecución de sus labores de pintura, P accidentalmente bota un jarrón propiedad de F, jarrón que queda completamente destruido. F le manifiesta a P que el costo del jarrón es de cincuenta mil colones. **Pregunta:**

¿Puede F cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones por el jarrón destruido?

De acuerdo con la teoría de la Anspruchskonkurrenz (la cual, como ya se indicó, difiere de la teoría de la Anspruchsnormenkonkurrenz), el caso del contrato de obra en el cual el pintor destruye un jarrón que estaba en la casa de la persona que lo contrató para pintar, se analizaría y resolvería de la siguiente manera²⁸:

I. Primera hipótesis de trabajo: F podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

Requisito para ello es que F y P hubiesen celebrado un contrato.

Contrato de obra (+), pues F y P acordaron que P le pintara la casa a F y que por tal labor F le pagaría determinada suma de dinero.

La responsabilidad contractual no sólo surge del incumplimiento de las prestaciones principales pactadas, sino también de la lesión de otras obligaciones accesorias, derivadas del principio de buena fe, dentro de las cuales están obligaciones tales como las de protección, ejecución de buena fe, información, colaboración, etc... P transgredió su obligación contractual accesoria de no causarle daño al patrimonio de F, por lo que lesión de obligación contractual accesoria (+)

Culpa de P (+) porque de manera negligente y descuidada botó y destruyó el jarrón propiedad de F

Daño resarcible (+), pues F sufrió la destrucción de su jarrón que costaba cincuenta mil colones.

II. Resultado: F puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

III. Segunda hipótesis de trabajo: F también podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello resulta indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual.

²⁷ Schwarz, Günter Christian. Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 2, Rdnr. 5.

²⁸ Respecto al método de resolución de casos que se expone en este trabajo para darle respuesta al caso del pintor ver López Casal, Yuri. Técnica para la resolución de casos de Derecho Privado, 2008, página 91 y siguientes.

1. Lesión de un bien jurídico (+), pues F sufrió la destrucción de su jarrón, por lo que el bien jurídico que se le lesionó fue la propiedad.
2. Acción de P (+), pues P botó el jarrón de F.
3. Relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico (+), pues debido a que P botó el jarrón fue que se produjo la lesión al derecho de propiedad de F.
4. Antijuricidad (+), pues no hubo ninguna causa de justificación que amparara la conducta negligente de P
5. Culpa (+), pues P no observó su deber de cuidado de no causar daño a los demás y destruyó el jarrón de F
6. Daño (+), pues a raíz de la destrucción del jarrón, F sufrió la pérdida de un bien valorado en cincuenta mil colones.
7. Relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado y el daño causado (+), pues el costo del jarrón se deriva de la lesión del derecho de propiedad de F.

IV. Resultado: F también puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Dictamen

I F podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

Requisito para ello es que F y P hubiesen celebrado un contrato.

En el presente caso, F y P celebraron un contrato de obra, en virtud del cual F asumió la obligación de pintar la casa de F y éste, a su vez, se comprometió a pagarle a P determinada suma de dinero por la ejecución de la obra. Así las cosas, la celebración del contrato se dio en el presente caso.

Por otro lado, para que F le pudiera cobrar a P la suma de cincuenta mil colones en el marco de la relación contractual que se dio entre ellos, es necesario que P hubiese incumplido alguna obligación contractual principal o bien algún deber contractual secundario.

Las obligaciones contractuales principales hacen referencia a las prestaciones esenciales que caracterizan a determinado tipo contractual. Así, por ejemplo, en la compraventa, las obligaciones contractuales principales serían el pago del precio (obligación contractual principal del comprador) y la entrega de la cosa vendida (obligación contractual principal del vendedor). En el contrato de obra, las obligaciones contractuales principales serían la ejecución de la obra y el pago del precio. En el caso en cuestión, no existe información de la cual se concluya que P hubiese transgredido su obligación contractual principal consistente en pintar la casa de F, por lo que no se configura la responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación contractual principal asumida por P.

Empero la responsabilidad civil contractual también puede emerger de la violación de los llamados “deberes accesorios de conducta”, que consisten en comportamientos orientados a hacer efectivos los principios generales de la contratación privada, tales como la buena fe, la equidad y el ejercicio legítimo y razonable de los derechos. Existen varios

tipos de deberes de conducta: a) deberes de protección; b) deberes de colaboración; c) deberes de información; d) deberes orientados a la consecución de la finalidad común contractual. En el caso de referencia, P, durante la ejecución de la obra para la cual lo contrató F, causó la destrucción de un jarrón propiedad de éste, de modo que transgredió los deberes de protección, que, como deber accesorio de conducta, le impone el vínculo contractual que lo ligó con F. Por consiguiente, P es responsable por la transgresión del deber de protección de la esfera jurídica de F.

El otro requisito para que se dé la responsabilidad contractual por inobservancia de los deberes de conducta es que una de las partes haya actuado dolosa o culposamente. Del caso se concluye que P, en forma accidental, botó el jarrón propiedad de F, es decir, no observó el cuidado debido a la hora de actuar, por lo que se puede afirmar que P actuó culposamente

Finalmente, para que surja el deber de resarcimiento que dimana de la responsabilidad civil contractual, debe haberse causado un daño imputable al agente que lo produjo. Del texto del caso es posible afirmar que el daño sufrido por F se configuró, pues a raíz de la destrucción del jarrón por el descuido y negligencia de P, F sufrió la pérdida de un bien valorado en cincuenta mil colones, suma que tendría que pagarle P con el fin de que F tuviese el mismo estado patrimonial que tenía antes de la causación del daño.

Los requisitos de la responsabilidad civil contractual por transgresión de los “deberes accesorios de conducta” que informan a todo tipo de vínculo contractual se dan en el caso en cuestión (+), por lo cual F puede cobrarle a

P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil (+).

II. Resultado: F puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1023 inciso 1 del Código Civil.

III. F también podría cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello resulta indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual.

1. En primer lugar, debe haberse dado la lesión de un bien jurídico. Ejemplos de bienes jurídicos son la vida, la salud, la libertad, la integridad física, la propiedad, etc.. En el caso en cuestión, F sufrió la destrucción de su jarrón, por lo que sí se le lesionó el bien jurídico consistente en su derecho de propiedad, de modo que, por esta razón, se concluye que este requisito está presente.

2. En segundo lugar, debe haberse dado un comportamiento, activo u omisivo que lesionara un bien jurídico de otra persona. P botó el jarrón de F, con lo cual desplegó un comportamiento activo causante de la destrucción del jarrón, de modo que, por estas razones, este segundo requisito está presente.

3. En tercer lugar, para que nazca el derecho al resarcimiento según los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual, es necesario que haya una relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico. Este nexo causal está presente también, según el caso de referencia, pues la acción de botar, efectuada por P, fue el hecho que produjo la destrucción del jarrón de F.

4. En cuarto lugar, la responsabilidad civil extracontractual subjetiva requiere la antijuricidad, la cual consiste en la ilegitimidad, en la injustificabilidad de la conducta dañina. Dado que de los anteriores requisitos se desprende que P lesionó el derecho de propiedad de F al haber destruido el jarrón, la antijuricidad del comportamiento de P se presume y debe tenerse por debidamente configurada, salvo que el agente causante del daño comprobara que la lesión del bien jurídico que él provocó estuviese amparada por alguna causa de justificación. Del caso no se desprende que la destrucción del jarrón provocada por P en perjuicio de F se hubiese producido al amparo de una determinada causa de justificación (por ejemplo, estado de necesidad, etc...), de modo entonces que la antijuricidad debe tenerse por debidamente configurada en el caso, como requisito de la responsabilidad civil extracontractual.

5. En quinto lugar, es menester determinar si el agente causante de la lesión del bien jurídico y del daño es culpable del comportamiento activo u omisivo dañino. En sentido estricto, actúa culposamente aquél que falta a su deber de cuidado de no causar daño a los demás y a raíz de esto lesiona un bien jurídico y causa un daño. Del caso se desprende que P, a raíz de su descuido, no observó el cuidado debido a la hora de llevar a cabo su obligación contractual consistente en pintar la casa de F y tal negligencia hizo que botara y quebrara el jarrón de éste, por lo que se concluye que este requisito se configura según el texto del caso.

6. Junto con la lesión de un bien jurídico, es necesaria la causación de un daño. Daño, en términos amplios, es la pérdida o desventaja

29 Rivero Sánchez, Juan Marcos. op. cit., página 258.

que sufre una persona a raíz de la lesión de sus bienes jurídicos. En el caso en cuestión, se tiene que a raíz de la destrucción del jarrón, producida por la negligencia de P, F perdió el valor del jarrón, es decir, la suma de cincuenta mil colones, de modo tal que el daño resarcible es, pues, el dinero que tendrá que pagar F para adquirir un jarrón igual o similar al que le P le destruyó.

7. Finalmente, debe darse la relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado y el daño causado. En el presente caso, tal requisito está presente pues el valor del jarrón que tiene que pagar F para poder adquirir otro similar o igual se deriva de la lesión inflingida a su derecho de propiedad por parte de P.

IV. Resultado: F también puede cobrarle a P la suma de cincuenta mil colones con base en el artículo 1045 del Código Civil.

En resumen, por la misma acción dañina cometida por el pintor en perjuicio del patrimonio de la persona que lo contrató para pintar la casa, el damnificado podría reclamarle al pintor el pago de los daños y perjuicios ocasionados por la destrucción del jarrón tanto con base en la responsabilidad civil contractual que se genera por la violación de deberes contractuales accesorios (deberes de protección y deberes de evitación de daños) a tenor del artículo 1023 inciso 1) del Código Civil como también puede exigirle, por el mismo hecho dañino, responsabilidad civil extracontractual de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil.

Es cierto lo que afirma Rivero Sánchez²⁹ en cuanto a que la doctrina de la “Ans-

pruchs-konkurrenz” ha sido la doctrina tradicional que, en Alemania, se ha utilizado para darle solución a los casos en los que, como el del ejemplo del pintor, concurren, ante un mismo hecho dañino, varios y diversos regímenes de responsabilidad civil (contractual y extracontractual). Por su parte, la nueva doctrina que, cronológica y dogmáticamente hablando, se desarrolló en las Ciencias jurídicas alemanas, es la doctrina de la “Anspruchsnormenkonkurrenz”³⁰.

A pesar de lo novedoso y reciente de la doctrina de la “Anspruchsnormenkonkurrenz” y de las ventajas materiales y procesales que pudieran derivarse de ella³¹, personalmente comparto las objeciones que le ha hecho el autor Dieter Medicus³² y considero, contrario a lo que sostienen Rivero Sánchez, Larenz y Wolf, que si bien la doctrina de la “Anspruchsnormenkonkurrenz” conduce a una única

pretensión y puede contribuir a la uniformidad de los conceptos material y procesal de la pretensión, empero encuentra dificultades importantes en el campo del Derecho sustantivo. Tales dificultades consisten en las esenciales diferencias estructurales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y que se manifiestan en temas tales como la aplicación excluyente de los institutos del “Erfüllungsgehilfen” (§ 278 del Código Civil alemán) y del “Verrichtungsgehilfen” (§ 831 del Código Civil alemán)³³, así como los distintos plazos de prescripción que rigen para las pretensiones resarcitorias contractuales y extracontractuales, según los párrafos 195, 199 y 852 del Código Civil alemán. Con base en lo anterior, al igual que Dieter Medicus, considero que la tesis de la “Anspruchskonkurrenz” es la más adecuada y que, como ya se ha repetido, sostiene que de cada fundamento de la pretensión (Anspruchsgrundlage) cuyos requisitos

30 La utilización de esta denominación se le suele atribuir al autor alemán de origen griego Apostolos Georgiades, quien escribió la clásica monografía sobre este tema denominada “Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht” de 1967. Otros autores alemanes que apoyan la nueva teoría de la Anspruchsnormenkonkurrenz son Karl Larenz y Manfred Wolf. Al respecto ver Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho, 2. ed., 1980, páginas 260 y siguientes.

31 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Loc. cit., páginas 258-259.

32 Medicus, Dieter, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005, Seite 135, Rdnr. 356 ff. De acuerdo con Schwarz, la doctrina mayoritaria en Alemania también se decanta por la doctrina de la Anspruchskonkurrenz y no por la de la Anspruchsnormenkonkurrenz. Al respecto ver Schwarz, Günter Christian. Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 2, Rdnr. 8.

33 Aquí entra en consideración la distinción fundamental que establece el Código Civil Alemán entre las figuras del “Erfüllungsgehilfe” (§ 278 del Código Civil Alemán) y el “Verrichtungsgehilfe” (§ 831 párrafo primero oración primera del Código Civil Alemán). El “Erfüllungsgehilfe” es todo aquél que, con conocimiento y voluntad, lleva a cabo el cumplimiento de alguna obligación para el deudor de la prestación. Su campo de aplicación se verifica cuando se da la transgresión de alguna obligación contractual o deber accesorio de dicha índole, de forma tal que el deudor es responsable por los daños causados por el Erfüllungsgehilfe, sin que le sea posible liberarse de responsabilidad (keine Exculpation). Por el contrario, el “Verrichtungsgehilfe” es el empleado que está sujeto al poder directivo e instrucciones de su Jefe (el patrono), en virtud de una específica relación de dependencia. Su campo de aplicación es la responsabilidad civil extracontractual y a diferencia de lo que ocurre con el Erfüllungsgehilfe, si bien sobre el dueño del negocio (der Geschäftsherr) pesa la presunción de culpa por no haber elegido cuidadosamente a su empleado causante del daño o por no haber sido cuidadoso al darle los lineamientos de trabajo, también lo es que el dueño del negocio sí puede destruir esa presunción relativa de culpa (Exkulpation möglich) y liberarse de responsabilidad civil si demuestra que eligió cuidadosamente a sus empleados y trabajadores y que, de la misma manera, vigiló las labores a ellos encomendadas. Respecto a esta importante distinción ver Danne/Keil, Wirtschaftsprivatrecht I. Bürgerliches Recht. Handelsrecht. 2. Auflage, 2002, Seite 199; Hemmer/Wüst, Die examenstypischen Begriffe Zivilrecht, 2. Auflage, 2004, Seiten 65 und 187; Schwarz. Günter Christian, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, Seite 467, Rdn. 11.

legales se cumplen, surge una propia y distinta pretensión material, de manera tal que el contratante damnificado, en un caso como el del pintor, se convertiría en titular de una pretensión resarcitoria por infracción de deberes de protección de índole contractual (o sea, podría exigir daños y perjuicios producto del ejercicio de una demanda de responsabilidad civil contractual³⁴) y también se convertiría en titular de una pretensión resarcitoria de índole extracontractual basada en el artículo 1045 del Código Civil costarricense.

Antes de pasar con el siguiente e importante tema característico de la doctrina mayoritaria en Alemania de la “Anspruchskonkurrenz”, es menester dejar claro que ya sea que se siga esa teoría o que se propugne la teoría de la “Anspruchsnormenkonkurrenz”, lo cierto es que en ambas el titular de la pretensión(es) resarcitoria(s) solamente puede obtener el resarcimiento del daño causado una sola vez y en cuanto eso suceda, cualquier otra pretensión resarcitoria que tuviera a disposición para obtener la indemnización respectiva quedará extinguida³⁵.

7.3. El concurso de pretensiones y la llamada regla de la separación

La aplicación práctica de la doctrina del concurso de pretensiones (es decir, la “Anspruchskonkurrenz” y no la “Aspruchsnormenkonkurrenz”) implica entonces que el damnificado puede ejercer, de manera conjunta y simultánea, las pretensiones resarcitorias

que se derivan de los fundamentos jurídicos que las respaldan.

Cada una de tales pretensiones resarcitorias (piénsese en el ejemplo, arriba analizado, del pintor que causa el daño durante la ejecución de la obra) se debe analizar de acuerdo con los requisitos legales y características específicas que tiene el tipo de pretensión resarcitoria que se hará valer en el proceso judicial. En otras palabras, la pretensión resarcitoria que se basa en la infracción de deberes contractuales accesorios (como los deberes contractuales de protección y de evitación de daños a la contraparte contractual) se analizará con base en los requisitos y demás características de la responsabilidad civil contractual, en tanto que la otra pretensión resarcitoria que se basa en la responsabilidad civil extracontractual se analizará con base en los requisitos legales y demás características de tal tipo de responsabilidad civil. Este análisis separado de cada tipo de pretensión resarcitoria que surge, según la doctrina de la Anspruchskonkurrenz, de un mismo hecho dañino, se denomina en Alemania la regla de la separación (**Unabhängigkeitsregel**)³⁶. Esta regla o criterio resulta ser, en el fondo, un reconocimiento de que las pretensiones resarcitorias de naturaleza contractual y extracontractual tienen diferentes características, tales como plazos de prescripción, requisitos, carga de la prueba, extensiones de la responsabilidad, etc..., por lo cual cada tipo de pretensión resarcitoria debe analizarse con independencia funcional de la otra, ya que ambas son diferentes entre sí.

34 Al respecto ver Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños, 2000, página 245 y siguientes.

35 Schwarz, Günter Christian. Loc. cit., 2003, Seite 2, Rdnr. 8.

36 BGHZ 96, 221, 229; BGH VersR 1992, 589, 590 citadas por Medicus, Dieter, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005, Seite 136, Rdnr. 358 ff.

7.4. Aspectos procesales de la doctrina de la Anspruchskonkurrenz

Contrario a lo sostenido por Rivero Sánchez y otros juristas que, como él, son partidarios de la doctrina minoritaria de la Anspruchsnormenkonkurrenz, la doctrina que nosotros seguimos, que es la de la Anspruchskonkurrenz, tiene un tratamiento procesal adecuado y satisfactorio, el cual concuerda perfectamente con su núcleo sustancial.

Se trata de la denominada teoría de la opción o sistema opcional³⁷. De acuerdo con esta teoría, cuando un hecho viola, al mismo tiempo, una obligación contractual y un deber general, se produce una yuxtaposición de responsabilidad y surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente.

De acuerdo con el autor Alejandro Pérez Köhler, “la doctrina ha venido manifestando la existencia de tres corrientes distintas para solucionar los casos de concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Cada una de esas tendencias se apoya en un argumento teórico distinto:

a) Por un lado hay autores que opinan que la responsabilidad contractual y la aquiliana son incompatibles, que no existe lo que hemos venido llamando concurrencia; por ello, existiendo un contrato, no es posible que se produzca responsabilidad civil extracontractual; el contrato tiene, pues, fuerza absorbente. Estos autores han dado lugar a la llamada **Teoría de la Absorción**.

b) Por otro lado, otra corriente doctrinal afirma que la responsabilidad civil contractual y aquiliana son diferentes y autónomas, pero no incompatibles, por lo que pueden aplicarse ambas a unos mismos hechos; estos autores entienden que la responsabilidad aquiliana puede aplicarse entre los propios contratantes. Por ello el demandante deberá optar, en el momento de plantear su demanda por una u otra vía (contractual o aquiliana), pudiendo ser dicha opción bien pura (esto es, optar por una u otra vía) o bien tener carácter subsidiario (plantear el petitum de la demanda en forma subsidiaria: la contractual y, en su defecto, la aquiliana); en este sentido entendemos. Esta corriente ha dado lugar a la llamada **Teoría de la Opción**.

c) Finalmente, un último sector de la doctrina entiende que no hay pretensiones independientes y distintas entre sí. Estamos ante una única pretensión, el resarcimiento de la víctima, basada en una única causa de pedir, el daño producido. Para estos autores basta con plantear los hechos en la demanda y, sin etiquetar la acción que se ejercita, dejar al juzgador que aplique la normativa que estime pertinente, al amparo de los principios procesales *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, y ello sin incurrir en vicio de incongruencia siempre que respete en su decisión la causa petendi (que está imbuida en los hechos) y el petitum contenido en el suplico de la demanda, en virtud de la llamada “*unidad de culpa civil*”, que ha acuñado la jurisprudencia para otorgar al damnificado la máxima protección. Esta teoría recibe el nombre de **Teoría del Concurso de Normas**³⁸.

37 Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños. 2000, páginas 266-267.

38 Pérez Köhler, Alejandro. “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual derivadas de un mismo accidente de trabajo (I). En: <http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200510-2857927810522691-1.html>

Como puede observarse, la teoría de la opción se adapta perfectamente a la doctrina de la *Anspruchskonkurrenz*. De este modo, a nivel de Derecho Procesal, bien puede optar el damnificado por ejercer, en su demanda, una de las dos pretensiones resarcitorias, es decir, la contractual o la extracontractual. Asimismo, es jurídicamente viable, de conformidad con el artículo 123 del Código Procesal Civil, que el titular de las pretensiones resarcitorias de índole contractual y extracontractual formule su demanda de manera tal que, por ejemplo, pida, como pretensión principal, que se declare la responsabilidad civil contractual del demandado por haber infringido determinados deberes contractuales accesorios o específicos deberes de consideración o de respeto y, al mismo tiempo, que formule, como pretensión subsidiaria, que se declare la responsabilidad civil extracontractual del demandado por concurrir todos y cada uno de los requisitos de ese tipo de responsabilidad aquiliana, de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil.

La teoría o doctrina de la *"Anspruchskonkurrenz"* también se aplica en aquellos casos en los que se configuran los requisitos de varias normas legales que respaldan la pretensión resarcitoria del damnificado. En Alemania, un ejemplo muy claro de lo anterior es el párrafo segundo del parágrafo 15 de la Ley sobre responsabilidad civil por productos defectuosos³⁹. De acuerdo con esa norma foránea, el consumidor puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por un producto defectuoso tanto con base en esa ley especial como con base en otras disposiciones legales

aplicables (como el Código Civil), sin que ninguna de esas normas se excluyan entre sí ni tampoco se deroguen tácitamente entre ellas⁴⁰. Esta misma situación consideramos que se da en materia de responsabilidad civil del propietario del vehículo causante de daños derivados de un accidente de tránsito o de un delito, según se verá enseguida.

7.5. El concurso de pretensiones resarcitorias en los casos de responsabilidad civil del propietario del vehículo

Con base en el concepto y características de la figura del concurso o concurrencia de pretensiones (*"Anspruchskonkurrenz"*), considero perfectamente posible la aplicación de esta doctrina de origen alemán⁴¹ al tema de la responsabilidad civil del propietario del vehículo causante de un accidente de tránsito o de un delito. Esto por cuanto la responsabilidad civil del dueño del automotor por los daños irrogados al damnificado como consecuencia de un percance vehicular o de un hecho punible no se restringe únicamente a la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, sino que también otras leyes y cuerpos normativos, tales como el Código Civil y la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, contienen reglas que fundamentan pretensiones resarcitorias a cargo del propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito. De este modo, el damnificado tiene a su disposición una pluralidad de normas legales con base en las cuales su reclamo indemnizatorio encuentra asidero jurídico.

39 Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 15.12.1989 (BGBl. I S. 2198).

40 Al respecto ver Pott/Frieling, Produkthaftungsgesetz. Kommentar. Kommentar von §15, 1992, Seite 334, Rdnr. 31 ff.

41 Hay que recordar que la doctrina de la *"Anspruchskonkurrenz"* alemana se opone a la doctrina francesa del *"non cumul"* que es la que sigue la jurisprudencia costarricense. Al respecto ver López Casal, Yuri. Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones. En: Revista Judicial No. 95, marzo de 2010.

Con base en la normativa analizada en este trabajo, el concurso o concurrencia de pretensiones en materia de atribución de responsabilidad civil al propietario del vehículo causante de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito o de una colisión tendría las siguientes posibilidades:

1. Casos en los que la persona damnificada no es consumidor en los términos en que lo define el artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, del servicio de transporte que proporciona el comerciante o proveedor dueño del vehículo:

1.1. Cuando el damnificado no prueba que el conductor del vehículo fue el autor responsable del percance de tránsito o del delito, entonces el propietario del automotor no responde solidariamente con el conductor en los casos establecidos por el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres. En este supuesto, el propietario del vehículo causante de los daños podría ser responsable ante el damnificado con base en el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil y también con base en el artículo 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, siempre y cuando, claro está, la persona perjudicada con el daño pruebe la configuración de los requisitos legales que estas dos normas exigen. El damnificado podría reclamarle al dueño del automotor responsabilidad civil objetiva con base en estas dos normas, las cuales no se excluyen ni derogan entre sí, sino que concurren de manera alternativa o subsidiaria (aplicación de artículo 123 del Código Procesal Civil).

1.2. Si el damnificado prueba que el conductor del vehículo fue el autor de un delito (verbi gratia, lesiones culposas u homicidio culposo)

que, a su vez, genera daños materiales y morales, entonces el propietario del automotor sería responsable civil solidario, junto con el conductor autor del delito, con base en el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y también con base en el artículo 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971. El damnificado podría exigirle responsabilidad civil solidaria al dueño del vehículo con base en esas dos normas las cuales no se excluyen ni derogan entre sí, sino que concurren de manera alternativa o subsidiaria. (aplicación de artículo 123 del Código Procesal Civil).

2. Supuestos en los que la persona damnificada es consumidor, en los términos en que lo define el artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, del servicio de transporte que proporciona el comerciante o proveedor dueño del vehículo:

2.1. El consumidor damnificado podría exigirle responsabilidad civil objetiva al comerciante o proveedor dueño del vehículo causante del accidente de tránsito o de la colisión con base en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y también con base en el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil. Esas dos normas no se excluyen ni derogan entre sí, sino que concurren de manera alternativa o subsidiaria. (aplicación de artículo 123 del Código Procesal Civil).

2.2. El consumidor damnificado podría exigirle responsabilidad civil objetiva al comerciante o proveedor dueño del vehículo causante del accidente de tránsito o de la colisión con

base en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y también con base en el artículo 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres. Esas dos normas no se excluyen ni derogan entre sí, sino que concurren de manera alternativa o subsidiaria. (aplicación de artículo 123 del Código Procesal Civil).

2.3. El consumidor damnificado podría exigirle responsabilidad civil objetiva al comerciante o proveedor dueño del vehículo causante del accidente de tránsito o de la colisión con base en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, con base en el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil y también con base en el artículo 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres. Esas tres normas no se excluyen ni derogan entre sí, sino que concurren de manera alternativa o subsidiaria. (aplicación de artículo 123 del Código Procesal Civil).

8. CONCLUSIONES

1) De acuerdo con la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y la jurisprudencia que la informa, la regla general de responsabilidad civil del propietario del vehículo causante de daños derivados de un accidente de tránsito de o un delito consiste en que el dueño del automotor solamente responde con el valor del automóvil por los daños materiales y morales causados al damnificado. Se trata de una responsabilidad civil restringida que tiene fundamento normativo en los artículos 7, 189, 193 y 194 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y con base en ellos la jurisprudencia ha indicado que el propietario solamente responde por los daños causados hasta por el valor del

automotor, el cual se constituye en una garantía total o parcial de la indemnización que fije el Juez.

- 2) La excepción a la regla general de responsabilidad civil restringida que la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres impone sobre el propietario del vehículo causante del daño se encuentra en los supuestos que establece el numeral 188 de la Ley especial mencionada. En las hipótesis previstas en esa norma, el propietario del vehículo responde de manera solidaria (junto con el conductor del vehículo que fuera encontrado culpable del accidente de tránsito o del delito), plena (con la universalidad de su patrimonio) y con el valor total de los daños que el Juez le conceda al damnificado.
- 3) El numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres no contempla un régimen de responsabilidad civil objetiva en cabeza del propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito, sino únicamente un régimen de responsabilidad civil solidaria a cargo del dueño del automotor.
- 4) El damnificado tiene la carga de la prueba con respecto a la demostración de alguno de los supuestos de hecho que establece el numeral 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres.
- 5) Asimismo, para que surja el régimen de responsabilidad civil solidaria que establece el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, es necesario que el damnificado logre probar que el conductor no propietario del vehículo fue el autor responsable del accidente de tránsito.

- 6) La única norma de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres que contempla un régimen de responsabilidad civil objetiva en cabeza del propietario del vehículo causante del accidente de tránsito o del delito es el actual artículo 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres de acuerdo con el cual, a diferencia de lo que ocurre con el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil, el propietario del automotor solamente responde por los daños causados al damnificado hasta por el valor del vehículo, el cual se constituye en una garantía total o parcial de la indemnización que fije el Juez.
- 7) Si el damnificado no logra demostrar que el conductor del vehículo fuese el autor responsable del accidente de tránsito o no logra probar la configuración de los supuestos de hecho que establece el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, entonces la responsabilidad civil solidaria que dicha norma le impone al propietario del vehículo queda excluida, pero el damnificado puede, a pesar de ello, exigirle responsabilidad civil objetiva con base en el artículo 7 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y también con base en el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil.
- 8) El régimen de responsabilidad civil objetivo que, sobre la persona o empresa que explotan máquinas motivas, vehículos de ferrocarril, tranvías u otro modo de transporte análogo, establece el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil, se caracteriza por imponerle al propietario de alguna de esas máquinas u objetos la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con la totalidad

de su patrimonio, por el monto total de los daños que el Juez le otorgue al damnificado y solidariamente con el conductor causante del accidente de tránsito o del delito.

- 9) Además de la responsabilidad civil solidaria que recae sobre el propietario del vehículo en los casos estatuidos en el artículo 188 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres, el artículo 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971 también establece un régimen de responsabilidad civil solidario a cargo de las compañías de ferrocarriles o tranvías y a cargo de las personas naturales o jurídicas dueñas de cualquier empresa de transporte, de personas o de objetos en cuanto a los actos u omisiones punibles relativos al servicio de la empresa y que se imputaran a sus gerentes, administradores, conductores, capitanes, agentes, factores y demás dependientes suyos.
- 10) El régimen de responsabilidad civil solidario que establece el artículo 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971 surge en la medida en que el damnificado logre probar que el conductor o cualquier otra de las personas descritas en esa norma fue el autor responsable del delito cometido con el vehículo. Si eso no se lograra demostrar, el dueño del automotor podría ser responsable civil por los eventuales daños y perjuicios que hayan podido causarse derivados del accidente de tránsito o del delito, pero por responsabilidad civil extracontractual

objetiva de conformidad con el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil y también con base en el artículo 7 de la Ley de Tránsito.

11) Requisito constitutivo de la responsabilidad civil objetiva que establece el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil y de la responsabilidad civil solidaria que establecen los artículos 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971 es la explotación del vehículo causante del percance de tránsito o del delito, explotación que impele la utilización del automotor para obtener una ganancia, lucro o utilidad de un negocio o industria en provecho propio. La explotación del automotor es un requisito que debe probar el damnificado por tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, de conformidad con el artículo 317 inciso 1) del Código Procesal Civil.

12) Si con ocasión del servicio de transporte que el comerciante o proveedor, dueño del vehículo, proporciona al pasajero-consumidor de ese servicio, el pasajero sufre un daño, el comerciante o proveedor es responsable civil objetivo con base en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Al igual que acontece con el artículo 1048 párrafo quinto del

Código Civil, el comerciante o proveedor dueño del vehículo que ofrece el servicio de transporte al pasajero-consumidor responde ante éste con la totalidad de su patrimonio, por el monto total de los daños que el Juez le otorgue al damnificado y solidariamente con el conductor causante del accidente de tránsito o del delito.

13) La tesis de la “mutua complementación” expuesta por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia no explica adecuadamente cómo es que, en concreto, se complementan los artículos 188 de la Ley de Tránsito y el 1048 del Código Civil. Por el contrario, existe un verdadero concurso o concurrencia de pretensiones de las distintas normas que regulan el tema de la responsabilidad civil objetiva del propietario del vehículo causante de la colisión así como de las distintas normas que regulan el tema de la responsabilidad civil solidaria del dueño del automotor. De acuerdo con el concepto y características materiales y procesales de la doctrina alemana de la “Anspruchskonkurrenz”, las normas legales que legitiman al damnificado a reclamarle al propietario del vehículo el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el automotor de su propiedad no se excluyen entre sí ni tampoco se derogan tácitamente entre ellas, sino que concurren de manera alternativa o subsidiaria y pueden hacerse valer conjuntamente en una misma demanda o acción civil resarcitoria con base en lo dispuesto por el artículo 123 del Código Procesal Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Belke, Rolf, **Prüfungstraining Zivilrecht. Band 1: Fallbearbeitung und Anspruchsmethode**, 2. Auflage, 1995.

Bork, Reinhard, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, 2. Auflage, 2006.

Danne/Keil, **Wirtschaftsprivatrecht I. Bürgerliches Recht. Handelsrecht**, 2. Auflage, 2002.

Díez-Picazo, Luis, **Derecho de Daños**, 2000.

Hemmer/Wüst, **Die examentypischen Begriffe Zivilrecht**, 2. Auflage, 2004.

Larenz, Karl, **Metodología de la Ciencia del Derecho**, 2. ed., 1980.

López Casal, Yuri. **Técnica para la resolución de casos de Derecho Privado**, 2008.

López Casal, Yuri. **Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones**. En: Revista Judicial N° 95, marzo de 2010.

López Casal, Yuri. **Compendio de Jurisprudencia Civil**, 2001

Manavella Cavallero, Carlos. **Responsabilidad civil en la Ley de Tránsito. A propósito de una reciente sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. En: Revista Iustitia número 243-244, marzo-abril 2007, páginas 17 a 20.

Medicus, Dieter, **Schuldrecht I. Allgemeiner Teil**, 16. Auflage, 2005.

Medicus, Dieter, **Allgemeiner Teil des BGB**, 8 neu bearbeitete Auflage, 2002.

Pérez Köhler, Alejandro, „La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual derivadas de un mismo accidente de trabajo (I)”. En: <http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200510-2857927810522691-1.html>

Pott/Frieling, **Produkthaftungsgesetz. Kommentar**. 1992

Rivero Sánchez, Juan Marcos, **Responsabilidad civil. Tomo II**, 2001.

Schwarz, Günter Christian, **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, 2003.

PRINCIPIOS AMBIENTALES Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Lic. Luis Albán Arias

SUMARIO

Introducción general

I- Noción de Derecho Ambiental (antecedentes)

A- Conceptualización

B- Características

1-Espacialidad singular

2-Sancionatorio preventivo

3-Técnico

4-Redistributivo

5-Preeminentemente colectivo

II- Principios del Derecho Ambiental

A- Derecho a un ambiente sano: derecho fundamental (justificación)

B- Principios (discusión)

1-Solidaridad

2-Integración

3-Compensación

4-Precaución

5-In dubio pro naturaleza

Conclusión general

Bibliografía••

PRINCIPIOS AMBIENTALES Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Lic. Luis Albán Arias

Dedicado a:
Kenneth, Miguel, Mildred,
José y Nacira.
Ellos saben la razón.

***“El hombre comienza a valer
cuando aprende a entender y a respetar
la tierra que pisa.”***
Atahualpa Yupanqui

INTRODUCCIÓN GENERAL

La preocupación por el ambiente no debe ser ajena a ningún individuo. Cada cual, desde su campo de acción, puede aportar algo para la defensa del entorno.

Tratándose del Derecho, que tiene un papel protagónico en esta tarea, resulta conveniente difundir y perfilar la manera de enfrentar – jurídicamente- la degradación del ambiente.

En esa línea se encamina esta monografía al infiltrarse en el tema del Derecho a Un Ambiente Sano, patrocinado jurisprudencialmente, desde una doble perspectiva que incluye su “esencialidad” y postulados básicos.

Así las cosas, la hipótesis que se plantea como rectora del presente estudio dice: Los principios ambientales empiezan a ser percibidos por la Sala Constitucional.

Los objetivos guías de este trabajo son:

- Describir el clima de concientización en que se gesta el Derecho a un Ambiente Sano.
- Brindar un concepto adecuado de Derecho Ambiental.
- Explicar las características más destacadas de este novicio derecho.
- Demostrar la “esencialidad” del Derecho a un Ambiente Sano.
- Delinear el tratamiento que la jurisprudencia constitucional otorga a los postulados ambientales.

La hipótesis y objetivos enunciados serán las ideas primordiales que dominen esta monografía, constituyen su marco de acción.

Este estudio sigue el método hipotético – deductivo. Partimos de lo general hasta abordar lo más específico, teniendo como

norte nuestra hipótesis y a los objetivos por impulso. Considerando que de esta forma podemos aportar un nuevo enfoque y juicios fundados sobre el tema.

El trabajo consta de dos partes. En la primera nos ocuparemos de dificultades conceptuales, así como de los rasgos del Derecho Ambiental. Para en un segundo momento estudiarlo como derecho fundamental, con postulados concomitantes.

PRINCIPIOS AMBIENTALES Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La conciencia ambiental originó, en el ámbito jurídico, una moderna materia que va configurándose de postulados, evocados jurisprudencialmente, cuya finalidad orientadora facilita la búsqueda de armonía con el entorno que nos rodea.

Lo cual es de particular relevancia, si nos ponemos a pensar en que todos tenemos Derecho a un Ambiente Sano.

I-Noción de Derecho Ambiental.

(Antecedentes)

La atención generalizada sobre el entorno, propia de nuestra actualidad, provoca matices jurídicos que son recogidos por un novel derecho, encargado del tema, cuya idea y rasgos se van afianzando.

A- Conceptualización.

El Derecho Ambiental, según nuestro parecer, nace en años recientes. Surge dentro del contexto de la concientización producida en los últimos decenios del pasado siglo.¹

Nada alejada de esta opinión, la Sala Constitucional ha manifestado:

“Es primordial recordar que durante muchos siglos el hombre creyó que debía dominar las fuerzas de la naturaleza y ponerlas a su servicio ya que se consideraba, en alguna medida, que los recursos naturales eran inagotables y que la industrialización era per se un objetivo deseable, sin que se evaluara cuál sería el impacto de la actividad económica sobre el ambiente.”²

Efectivamente, desde los comienzos del ser humano, la sociedad ha perseguido el “desarrollo” utilizando sin misericordia los recursos que el ambiente³le brinda. Con esta actitud se ha obtenido un serio desequilibrio en la relación hombre-entorno.

Es por eso, que “... ante la severa agresión del hombre contra la naturaleza a causa de una visión de progreso y un estilo de desarrollo equivocado, surgen, dentro de la comunidad ..., grupos e individuos que cuestionan el rumbo insostenible de la humanidad, ...”⁴

A este generalizado clima de opinión, referido a la problemática ambiental, se le designa como

¹ Arias y otros, 1994, p.62.

² S. Cp., N° 3705-93. Ver en igual sentido, S. Cp., N°: 4423-93, 1763-94, 1783-94.

³ Para la Sala Constitucional Ambiente: “... es todo lo que naturalmente nos rodea y permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera y sus capas superiores como a la tierra, sus aguas, flora, fauna y recursos naturales en general, ...” S. Cp., N° 4423-93.

⁴ ECODES citado por Arias y otros, 1994, p.32.

el despertar de una conciencia ambientalista. Se trata, en criterio de algunos, de un cambio de actitud. Pasar de la dominación indiscriminada, a la utilización racional.⁵

En resumen, existe consenso en que la tierra, y por ende la supervivencia del ser humano, está amenazada por el imprudente manejo que hace la sociedad de los recursos.⁶

Así las cosas, es requerida la participación del Derecho para lograr los encomiables fines ambientalistas. La preservación, aunque se nutre en gran medida de criterios técnico-científicos, necesita de orientaciones y regulaciones jurídicas que ayuden a adecuar la conducta de las personas de conformidad con las metas protectoras.

En virtud de lo anterior, se ha venido gestando y consolidando un nuevo derecho, atinente a todo esta problemática, el denominado: Derecho Ambiental. Éste, lo cual es destacable, ha venido a irrumpir en casi todas las ramas jurídicas de que se tenga noticia.⁷

Por ello nos encontramos con una dispersión normativo-legislativa bastante importante. La cual se presenta como un rasgo común en la gran mayoría de países. Aconsejándose efectuar una sistematización del inmenso ordenamiento ambiental por actividades, para procurar otorgarle un tratamiento unitario a la gran cantidad de normas diseminadas.⁸

Consecuencia negativa de la dispersión, es la tendencia a asimilar la definición de Derecho Ambiental con la normativa o legislación referida al tema.⁹Produciéndose, entonces, concepciones meramente normativistas como la siguiente: El Derecho Ambiental es “... un sistema orgánico de normas que contemplan las diferentes conductas agresivas para con el ambiente, bien para prevenirlas, reprimirlas o repararlas, ...”¹⁰

Es claro que este novísimo derecho en estudio se expresa, por lo general, en forma normativo-legal –versando sobre la protección y aprovechamiento sostenible del entorno-; pero una buena definición debe ser - al menos un poco - más amplia. De modo que trate la temática en una forma unitaria, y no tan fragmentada (alusión sólo a las normas).

En razón de nuestra postura, y acorde con el desarrollo que traemos en este aparte A, entendemos –junto con algunos- al Derecho Ambiental como el conjunto, entre otros aspectos, de normas y principios que regulan y orientan las relaciones entre el ser humano y su entorno, con el propósito de alcanzar un equilibrio que permita la satisfacción de las necesidades humanas conservando siempre los recursos.¹¹

Dilucidado lo tocante al concepto, debemos repasar algunos de los rasgos más destacados atribuidos al derecho encargado del medio ambiente.

⁵ Ver en igual sentido, Madrigal citada por Arias y otros, 1994, p.33.

⁶ Sobre la relación armónica con la naturaleza, en referencia a las Declaraciones de Estocolmo y Río, hay interesantes comentarios de autores nacionales. Ver al respecto, Salazar – Saborío, 1994, pp. 56-60.

⁷ Según una importante opinión, el Derecho del Consumidor y – agregamos nosotros- el Derecho Ambiental cortan transversalmente todo el ordenamiento jurídico. Rivero, 1997, p.33.

⁸ Jaquenod, 1991, p. 349.

⁹ “..., olvidando que, como cualquier otra rama, también la conforman principios, jurisprudencia, doctrina, lo mismo que caracteres.” Arias y otros, 1994, p. 62.

¹⁰ Jaquenod, 1991, p. 349.

¹¹ Se trata de la adaptación y síntesis de una definición más extensa de dos autores patrios. Salazar-Saborio, 1994, p. 17.

B- Características

1-Espacialidad singular

El rasgo hace referencia al ámbito geográfico de aplicación del Derecho Ambiental. Éste quiebra los perímetros territoriales en que suelen actuar los órganos, públicos y privados, interesados en el entorno.¹²

Ocurre así, por cuanto las necesidades ambientales no conocen de fronteras o divisiones administrativas. Son más bien las organizaciones las que deben conformarse a los requerimientos del ambiente.¹³

Un ejemplo confirmará lo indicado: un río “no puede tomar la decisión” de atravesar solamente un determinado cantón, en lugar de los varios que abarca. Corresponderá a las diferentes comunidades interesadas, en asocio con sus autoridades jurídico-administrativas, coordinar acciones para que el río las continúe beneficiando a todas. Nada hace un cantón con preservarlo, si el resto lo contamina.

Sintetizando, el Derecho Ambiental se aparta de los esquemas de división territorial tradicionales. Se orienta, por el contrario, según los ecosistemas.¹⁴

2-Sancionatorio preventivo

No obstante que pone énfasis en la prevención, el Derecho en estudio, sanciona la violación

de sus normas. Pero, aún en ese caso, no pierde su nota preventiva. Pues la finalidad de la sanción es que los sujetos, por temor a ella, no incurran en conductas agresoras del entorno.¹⁵

“Pero la sanción viene, ..., a constituirse en una formalidad conservativa, puesto que se castiga al infractor, pero el daño al ambiente ya se ha producido, ...”¹⁶. Ello, generalmente, con consecuencias muy graves y hasta irremediables. Todo lo cual revela la dificultad de reparar este tipo de daños.¹⁷

Como tantas otras veces será la educación, con la conciencia que genere, más allá de disposiciones punitivas, quien tendrá mejores opciones de proteger el medio ambiente.

3-Técnico

Cada ordenamiento ambiental, se ha dicho con acierto, establece prescripciones, de carácter muy técnico, que marcan los límites y permiten grados de apreciación para el operador jurídico.¹⁸ Por ejemplo, regulaciones sobre: niveles de emisión de gases, altura de chimeneas en industrias, condiciones de motores, etc.

La característica en cuestión está referida a: la posibilidad del Derecho de regular conductas dentro del marco, consistente en prescripciones técnicas, previamente fijado por los especialistas.

¹² Ver en igual sentido, Arias y otros, 1994, p. 68 y Mateo, 1991, p. 92.

¹³ Ver en igual sentido, Bustamante, 1995, p. 49 y López, 1987, p. 89.

¹⁴ Ver en igual sentido, Arias y otros, 1994, p. 69 y Murillo y otra, 1994, p. 92.

¹⁵ Ver en igual sentido, López, 1987, p. 90 y Murillo y otra, 1994, p. 92.

¹⁶ Arias y otros, 1994, p. 70.

¹⁷ Ver en igual sentido, Mateo, 1991, p. 93 y Bustamante, 1995, p. 50.

¹⁸ Jaquenod, 1991, p. 353.

“Dichas prescripciones, a nuestro modo de ver, dan la pauta pero no son la norma o disposición jurídica. Debe producirse una armonización entre el dato científico y la regla de Derecho, de manera que la segunda pueda cumplir las expectativas del primero.”¹⁹

4-Redistributivo

Corresponde al Derecho Ambiental suplir los instrumentos normativos necesarios para el logro de ciertas metas redistributivas. Tales como: canalización de recursos para compensar a los perjudicados con el deterioro, establecimiento de una financiación para construir instalaciones amigas del entorno, etc.²⁰

¿Quién paga estos costos ambientales? Los usuarios o consumidores al pagar los servicios o productos que utilizan, y los ciudadanos al pagar sus impuestos. Aunque sería más justo “... que los mayores contaminadores aporten esfuerzos y recursos mayores.”²¹

5-Preeminentemente colectivo

Los asuntos a los que el Derecho Ambiental se dedica son, en la mayoría de las ocasiones, de índole colectiva. Encierran el interés de un buen número de personas.

Tiende a abordar conflictos que, en forma habitual, enfrentan a amplios colectivos. Se han

expresado, a nivel de ejemplos, los siguientes: productores c/ consumidores, contaminadores c/ contaminados, consumistas c/ defensores de la calidad de vida, etc.²²

La preeminencia que referimos; se ha indicado con corrección, no excluye las exigencias individuales de compensaciones y reparaciones, en caso de daños o ilícitos ambientales, ya sea por responsabilidad objetiva o subjetiva.²³

Examinado el asunto de las características, conviene introducirnos al campo de la esencialidad del derecho dedicado al entorno.

II- Principios de Derecho Ambiental

Todo derecho tiene sus postulados directores que lo informan y suplen sus lagunas, de allí la importancia de conocerlos y tenerlos en cuenta. Máxime si pertenecen a un derecho merecedor del calificativo de “esencial”.

A- Derecho a un ambiente sano: derecho fundamental²⁴

(Justificación)

¿Que son los derechos fundamentales? La respuesta no es tan sencilla. Hay una amplia multiplicidad conceptual, que varía según el autor o corriente jurídica seguida por el estudioso.²⁵ Pese a ello, pareciera existir

¹⁹ Arias y otros, 1994, p.71.

²⁰ Ver en igual sentido, Jaquenod, 1991, p. 353 y López, 1987, p. 92.

²¹ Murillo y otra, 1994, p. 95.

²² Jaquenod, 1991, p. 354.

²³ Bustamante, 1995, p. 51.

²⁴ Así lo ha reconocido la Sala Constitucional en numerosos fallos, estableciendo – además – que su vulneración resulta inconstitucional. Ver al respecto, entre otros, S. Cp. N° 3705-93, 4422-93, 0031-95, 4194-95, 2231-96.

²⁵ “En esta materia, no existe siquiera acuerdo en lo relativo al mismo nombre. Se habla, así, de derechos naturales, derechos públicos, libertades públicas, etcétera y cada autor subraya sus argumentos a favor de la denominación que define.” Picado, 1990, p. 13.

una noción clásica para la cual los derechos de comentario son: aquellos reconocidos, en un ordenamiento jurídico determinado, como inherentes al ser humano, tanto en su dimensión de individuo como de integrante de la colectividad.²⁶

La definición expresada muestra que los derechos examinados presentan un reconocimiento estatal. Así ocurre, por cuanto el Estado –su organización- es una herramienta al servicio de los ciudadanos, por lo tanto éstos son titulares de derechos frente a esa organización.²⁷

Precisamente, en virtud del referido papel asignado a la organización estatal, “... no es posible concebir una constitución que no tenga o no remita a un cuerpo de normas en que se consagren los Derechos fundamentales.”²⁸

Ello reviste gran importancia, por cuanto la constitución viene a ser, por excelencia, el pilar del ordenamiento jurídico. Así toda ley, entendida ésta en sentido amplio, debe estar conforme con aquella. Esto, en materia ambiental, impone a cualquier disposición su acoplamiento con el numeral constitucional que establece el derecho –fundamental- de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.²⁹

Dicho Derecho lo entiende la Sala Constitucional de la siguiente forma:

“... el derecho de todo ser humano a disfrutar de un ambiente óptimo para el buen desarrollo de la vida humana, y la protección y conservación para las generaciones futuras de las bellezas naturales y demás patrimonio económico del país, ...”³⁰

Dos elementos destacan del concepto indicado: la vida humana y las bellezas naturales. En su versión jurídico-constitucional hablaríamos del Derecho a la Vida³¹ y de la Obligación de Proteger las Bellezas Naturales.³² De allí se puede colegir que ambas versiones implican, necesaria y absolutamente, el Derecho a un Ambiente Sano.³³ Esto aún en el supuesto –ficticio en este momento- de ausencia de norma expresa en el texto constitucional.

Una interpretación sistemática, como la de comentario, permitió a los Jueces Constitucionales explicar el carácter “fundamental” del Derecho a un Ambiente Sano. Establecieron que los derechos esenciales requieren de ciertas condiciones para su disfrute y ejercicio. Así, en virtud de dicha necesidad, surgen –por derivación- nuevos derechos fundamentales que operan como condiciones instrumentales para la preservación de los primeros.³⁴

²⁶ Salazar-Saborío, 1994, p. 12. Sobre el particular se ha dicho: “No son autolimitaciones del poder soberano del Estado, sino limitaciones que la soberanía popular impone a los órganos que dependen de ella.” Rodríguez, 1998, pp. 12-13.

²⁷ Ver en igual sentido, Arias y otros, 1994, p. 76 y Salazar-Saborío, 1994, p. 12.

²⁸ Salazar-Saborío, 1994, p. 13.

²⁹ Constitución Política, arts. 46 y 50. Ver al respecto, Mateo, 1991, p. 146.

³⁰ S.Cp., N° 1888-95.

³¹ Constitución Política, art. 21.

³² Constitución Política, art. 89.

³³ “Matemáticamente”: 21 + 89 = D. A. S.

³⁴ Ver al respecto, S. Cp., N°: 1394-94, 2485-94, 5527-94, 1154-96.

En otras palabras, “... las condiciones necesarias para la protección de los derechos fundamentales, se constituyen en verdaderos derechos independientes y exigibles con autonomía de aquellos.”³⁵

Los dos párrafos que preceden nos permiten confirmar la descomposición conceptual realizada de previo. En efecto: el Derecho a un Ambiente Sano, ya con su rango -expreso y/o implícito- de esencial, es condición necesaria para el ejercicio de las versiones jurídicas (vida – bellezas naturales) atrás indicadas.

En este mismo orden de ideas, y un tanto aparte de los criterios recién vistos, puede agregarse que el Derecho a un Ambiente Sano es imanente al hombre, caso contrario el resto de derechos que se le otorguen tenderían –parcial o totalmente- a convertirse en nugatorios. Además, es reconocido por el orden jurídico promulgado por el Estado. Estos dos últimos rasgos señalados, posibilitan ratificar la “esencialidad” del novísimo derecho comentado. Pues la “imanencia” y el “reconocimiento” participan de la acepción de los derechos fundamentales.³⁶

Explicado lo anterior, sólo nos resta constatar como los postulados rectores más sobresalientes, del derecho esencial comentado, comienzan a ser –ex profeso o tácitamente- advertidos en la Jurisdicción Constitucional.

B- Principios ³⁷

(Discusión)

1-Solidaridad

Está compuesto, entre otros, por los aspectos que a continuación se detallan: información, cooperación internacional y patrimonio universal.³⁸

El aspecto informativo se configura con el acto, interestatal, de comunicar situaciones peligrosas para el entorno. Es decir, los Estados deben advertirse, entre ellos, de las amenazas latentes.³⁹

Existe una sub-especie informativa de gran trascendencia, la denominada información popular: difusión estatal, entre los habitantes, de los problemas ambientales (especialmente, su prevención y recuperación).⁴⁰ Constituyéndose en un instrumento para generar conciencia y cautela en la sociedad, acerca de las dificultades del ambiente.⁴¹

Nuestro Tribunal Constitucional, cambiándole el nombre a la sub-especie (Derecho de Información), se ha manifestado en el sentido de que todo individuo –o colectividad- puede solicitar información, y debe obtenerla sin obstrucción, a los entes estatales, sobre cualquier situación que pueda afectar el goce de su Derecho a un Ambiente Sano.⁴²

³⁵ S.Cp., N° 6240-93.

³⁶ Véase inicio de este aparte.

³⁷ Los principios, siguiendo a un autor uruguayo, son los enunciados, sistemáticos y coherentes, que tienden a adquirir el carácter de regla de validez general. Couture, 1988, p. 477.

³⁸ También les llaman principios sectoriales. Ver al respecto, Chávez, 1997, p. 87.

³⁹ Ver en igual sentido, Esquivel y otra, 1997, p. 12 y Jaquenod, 1991, p. 367.

⁴⁰ Ver en igual sentido, Chávez, 1997, p. 88 y Jaquenod, 1991, p. 368.

⁴¹ Véase aparte A del I capítulo.

⁴² Ver al respecto, S. Cp., N°: 2231-96, 2237-96, 1360-97.

El aspecto relativo a la cooperación internacional, con recuerdo de la Declaración de Río (1992), también ha sido objeto de análisis, por parte de los Magistrados Constitucionales, al mencionar: "... el deber de los Estados de cooperar en la conservación, protección y restauración del ambiente y sus responsabilidades comunes en ese sentido; de ese modo la cooperación internacional en la promoción y apoyo del crecimiento económico y el desarrollo sostenible permitirá abordar mejor los problemas de la degradación ambiental."⁴³

El tratamiento jurisprudencial que termina, es conforme con el aspecto de comentario. Pues éste prescribe la necesidad de tratar la temática ambiental con la cooperación continua de los diferentes países.⁴⁴

Las herramientas a usar, en consonancia con lo anterior, serían: tratados, actividades de investigación, declaraciones, desarrollo de tecnologías racionales, recomendaciones, etc.⁴⁵

Sobre el patrimonio universal, del cual no encontramos pronunciamientos de la Honorable Sala, debe decirse que presenta un doble semblante. En sentido amplio se identifica con el entorno (patrimonio equivale a ambiente). Más restringidamente alude a la alta mar y a la atmósfera. Eso sí, no importando la acepción escogida, su protección es

tarea de todos los integrantes de la comunidad internacional.⁴⁶

2- Integración

Aquí se persigue la introducción de las preocupaciones ambientales en los procesos de toma de decisión referidos a cualquier actividad. Se trata de incluir los problemas del entorno en cualquier acción que incida sobre él.⁴⁷

Consecuente, con el principio estudiado, los Jueces Constitucionales han manifestado la necesidad de actuar, en este campo, de manera integral. Además de lo social, tecnológico y político, debe considerarse a la variable natural. Caso contrario se degrada el ambiente para el presente y el futuro.⁴⁸

La variable ambiental ha cobrado fuerza en la organización y operación del sector público. Éste colabora en la prevención y reparación de las dificultades del entorno. Se pone más atención sobre las consecuencias que las diversas políticas pueden tener sobre el ambiente.⁴⁹

El Sector privado comienza a relacionarse, cada vez más estrechamente, con esta inquietud. Lo cual es conveniente pues, en esta materia, ha de actuarse intersectorialmente. Se indica que concentrar las decisiones no funciona, un sector no puede resolver la problemática ambiental que generan los otros.⁵⁰

⁴³ S. Cp., N° 3705-93. Ver en igual sentido, S. Cp., N°: 2485-94, 5893-95.

⁴⁴ Ver en igual sentido, Esquivel y otra, 1997, p. 12 y Jaquenod, 1991, p. 369.

⁴⁵ Ver al respecto, Campos, 1987, p. 96 y Delgado y otra, 1994, p.295.

⁴⁶ Ver al respecto, Jaquenod, 1991, pp. 370-371.

⁴⁷ Ver en igual sentido, Caldera y otra, 1993, p. 83 y Rosa, 1993, p. 39.

⁴⁸ Ver al respecto, S. Cp., N°: 3705-93, 4423-93, 1394-94, 1763-94, 1783-94.

⁴⁹ Ver en igual sentido, Esquivel y otra, 1997, p. 15 y Delgado y otra, 1994, p. 288.

⁵⁰ Esquivel y otra, 1997, pp. 15-16.

3- Compensación ⁵¹

El sujeto que provoca un daño ambiental debe repararlo. Es un dispositivo de corrección cuya máxima reza: "Quién contamina paga".⁵² No encontramos pronunciamientos al respecto, por parte del Tribunal Constitucional. Las resoluciones accesadas, con alguna relación al tópico estudiado, se limitan a exponer que contaminar es: introducir sustancias o elementos extraños al ambiente, con niveles y duración tales, que produzcan afectaciones negativas o causen deterioros a la vida, la salud, el bienestar de la flora y fauna, el aire, agua o suelo.⁵³

La idea del principio es que la protección del medio ambiente no se base tanto en subvenciones y ayudas estatales. El agente contaminador debe costear las medidas indispensables para acabar con la contaminación, o para al menos reducirla a estándares de calidad ambiental.⁵⁴

Dentro de las medidas aplicables, para convertir el principio en una realidad, se encuentran: la obligación de recuperar lo contaminado, el estipular contribuciones para continuar usando recursos naturales para la explotación industrial y comercial, las técnicas anticontaminantes, el establecimiento a posteriori de estándares, etc.⁵⁵

4- Precaución

Se pretende evitar de previo la agresión al entorno, más que combatirla con posterioridad. Deben tomarse precauciones que impidan las posibles afectaciones, con lo cual se logra una reducción considerable de riesgos ambientales.⁵⁶

Los Magistrados Constitucionalistas, evocando a "Río-92", han acogido el principio precautorio. Considerando que para proteger el ambiente, debe aplicarse con amplitud el criterio de precaución según las distintas posibilidades estatales y –agregaríamos- particulares.⁵⁷

Si bien es cierto, hasta donde conocemos, el principio de comentario no ha sido tratado a profundidad por la Sala Constitucional, es dable pensar que ello obedece a lo bisoño del Derecho Ambiental.⁵⁸ Por lo pronto, se ha dado un trascendente paso con la admisión supracitada. Es probable que en un futuro, nada lejano por cierto, el examen jurisprudencial más riguroso sea elaborado.

Aunque las consecuencias, por la recepción del principio, se comienzan a dejar sentir.⁵⁹ Para muestra un botón: la Defensoría de los Habitantes, apegándose –entre otras cosas- al principio de precaución reconocido por la Sala, recomendó a las autoridades no otorgar

⁵¹ Algunos dudan un poco del principio, pues tiende a convertirse en un "yo pago para contaminar". Ver al respecto, Chávez, 1997, p. 95 y García, 1997, p. 16.

⁵² Es una manifestación ambiental de un principio de derecho común: "... el que perjudica debe reparar..." Valls, 1993, p. 168. Ver al respecto, Código Civil, art. 1045.

⁵³ Ver al respecto, entre otros, S. Cp., N°: 3705-93, 6683-93.

⁵⁴ Ver en igual sentido, García, 1993, p. 81 y Valls, 1993, pp. 168-169.

⁵⁵ Ver al respecto, Caldera y otra, 1993, p. 80 y Chávez, 1997, p. 96.

⁵⁶ Ver en igual sentido, García, 1997, p. 16 y Rosa, 1993, p. 36.

⁵⁷ S. Cp., N° 5893-95.

⁵⁸ Véase aparte A del I capítulo.

⁵⁹ Recordemos el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional. Ley de la Jurisdicción Constitucional, art. 13.

permisos de perifoneo, hasta no contar con prescripciones que establezcan los límites máximos de sonido tolerables.⁶⁰ La Libertad de Comercio se vio restringida por el Derecho a un Ambiente Sano (que contó “entre los suyos” con el principio precautorio).

Tratándose del principio estudiado, el objetivo perseguido es que el daño o menoscabo ambiental no se produzca. Para eso se quiere encauzar a las diferentes actividades hacia la adopción de precauciones contra la degradación.⁶¹

Dicha meta imprime un mayor valor al principio de precaución, por sobre el compensatorio. Pues en este último caso, muchas veces el daño es irremediable.⁶² Y aunque no lo fuera, está comprobado –nos dicen- que económicamente es más barato no agredir el entorno que recuperarlo a posteriori.⁶³

Variados son los instrumentos a utilizar, para la concreción del objetivo planteado, por el principio precautorio: tecnología preventiva, definición previa de las condiciones de explotación, información sobre nuevos productos amigos del ambiente, etc.⁶⁴ Eso sí, ocupa un sitial predominante –dentro del instrumental aludido- el estudio de impacto ambiental.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha reiterado la necesidad de “... estudios técnicos en materia ambiental que garanticen a los costarricenses que su derecho a un ambiente sano no será perturbado o conculcado por la actividad de exploración y explotación de los recursos naturales ...”⁶⁵ Detrás de reflexiones como la precedente subyace, sin duda alguna, la precaución objeto de este sub-aparte.

5- In dubio pro naturaleza

La conciencia ambiental actual⁶⁶ exige una reconsideración de la tarea del interprete. Éste debe dar a las normas jurídicas un sentido armonioso con el entorno.⁶⁷

Es en ese contexto que se ubica el principio in dubio pro naturaleza. Se manifiesta acertadamente que en caso de duda, debe decidirse aquello que sea más favorable al ambiente.⁶⁸

Ello hace que la ausencia de evidencia científica, de índole absoluta, no justifique la falta, o postergación, de medidas necesarias para proteger al medio ambiente.⁶⁹

Lo cual es particularmente útil, por ejemplo, en caso de autorizaciones para , efectuar diversas actividades cuyo impacto ambiental constituye una incógnita.⁷⁰

⁶⁰ D.H., N° CV-531-96.

⁶¹ Ver al respecto, García, 1993, p. 79 y Rosa, 1993, p. 35.

⁶² Véase aparte B.2 del I capítulo.

⁶³ Caldera y otra, 1993, p. 78.

⁶⁴ Ver al respecto, Caldera y otra, 1993, p. 79 y Chávez, 1997, p. 133.

⁶⁵ S. Cp., N° 6240-93. Ver en igual sentido, S. Cp., N°: 4423-93, 2485-94, 5527-94.

⁶⁶ Véase aparte A del I capítulo.

⁶⁷ Ver en igual sentido, Chávez, 1997, p. 146.

⁶⁸ Cabrera, 1995, p. 163.

⁶⁹ “En caso de incertidumbre se prefiere la protección del ambiente, ...” García, 1997, p. 16.

⁷⁰ “La ciencia no siempre puede darnos las soluciones para todos los problemas ambientales. De ahí que, en muchos casos, la toma de decisiones debe llevarse a cabo en medio de una gran incertidumbre y ante la ausencia de suficiente evidencia técnica.” Cabrera, 1998, p. 14.

Muy a tono con el discurso que esgrimimos, los Jueces Constitucionales han declarado: “...en la protección de los recursos naturales debe existir una actitud preventiva, ..., lo cual nos lleva a la necesidad de plantear el principio “in dubio pro natura” que puede extraerse analógicamente de otras ramas del derecho y que es, en un todo, acorde con la naturaleza.”⁷¹

La resolución, contextualmente conforme con lo expresado al inicio, permite pensar en la toma de medidas protectoras en asuntos que susciten la incerteza. Además destaca el origen del principio en cuestión y su cabal ajuste con la materia ambiental. No obstante, es de esperar – en los próximos tiempos- mayor profusión de parte de la Sala. Sobre todo, en temas como el que sigue.

El in dubio pro naturaleza, se dice⁷², invierte la carga de la prueba. En lugar de demostrar que una actividad o producto daña el entorno, debe probarse que no lo lesiona. Esto reviste una mayor importancia, cuando existe temor de deterioros graves o irreversibles.⁷³

Para observar la aplicación – conforme al criterio de la Sala – del principio estudiado, tenemos un caso ante el Ministerio del Ambiente y Energía. La comisión evaluadora de un plan de manejo forestal, que se tramitaba, consideró necesario y recomendó la presentación – por haberse omitido – de un estudio de impacto ambiental. No conforme, la interesada apeló la decisión.

El Ministerio, apoyándose – entre otros argumentos – en el in dubio pro naturaleza auspiciado por el Tribunal Constitucional, declaró sin lugar el recurso.⁷⁴ Contémplese como, en virtud del principio aludido, ante la duda se protegió al bosque.

CONCLUSIÓN GENERAL

A esta altura de la monografía, luego de finiquitado el desarrollo, es pertinente, presentar las ideas fundamentales que se manifiestan a raíz de lo expuesto.

La conciencia ambiental se refiere al clima de opinión y cambio de actitud respecto a los problemas del entorno.

No es apropiado construir la concepción de Derecho Ambiental desde un ángulo únicamente normativo.

El rasgo espacialidad singular denota una orientación, basada en ecosistemas, que se aleja de las divisiones administrativo-territoriales.

Puede pensarse, muchas veces, en las sanciones ambientales como formalidades conservativas.

Deben de entenderse las prescripciones técnicas como parámetros para forjar la regla de derecho.

⁷¹ S. Cp., N° 5893-95.

⁷² Ver al respecto, Cabrera, 1998, p. 14 y Chávez, 1997, p. 148.

⁷³ “ ..., debe probarse fehacientemente que un producto no afecta el planeta; la duda implica un dictamen a favor de la naturaleza.” García, 1997, p. 16.

⁷⁴ MIN.A.E., N° 235-97

No es del todo justa la redistribución de los costos ambientales.

La preeminencia colectiva no excluye a las exigencias individuales.

El Derecho a un Ambiente Sano es, como “condición” y conceptualmente, un derecho fundamental.

La Sala Constitucional reconoce la información popular (propia de la solidaridad), nada más que la llama derecho de información.

Existe consonancia de criterios, entre la doctrina y los Jueces Constitucionales, acerca de la cooperación internacional (perteneciente a la solidaridad).

El Tribunal Constitucional es partidario de introducir la variable ambiental en las diferentes actividades.

No se han encontrado pronunciamientos, especialmente relevantes, referidos al principio compensatorio.

Los Magistrados Constitucionales han adoptado – sin mayor abundamiento – el criterio de precaución, lo cual se ha reflejado – por ejemplo – en materia de contaminación sónica y en estudios de impacto ambiental.

La Sala Constitucional ha planteado – analógicamente – la necesidad, ante la duda, de optar por lo más beneficioso para el entorno.

Luego de observar como los postulados directores del Derecho Ambiental son percibidos por los Jueces Constitucionales, nosotros pensamos haber constatado la veracidad de las orientaciones y guías expresadas al inicio del estudio.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BUSTAMANTE (Jorge) Derecho Ambiental, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1era edición, 1995.

COUTURE (Eduardo) Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tercera Reimpresión, 1988.

DOMPER (Javier) El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas, Madrid, Civitas, Primera edición, Vol. I, 1992.

GARCÍA (Enrique) El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea, Madrid, Civitas, Primera edición, Vol. I, 1993.

JAQUENOD (Silvia) El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Madrid, Dykinson, 1era edición, 1991.

RIVERO (Juan Marcos) Quo Vadis Derecho del Consumidor, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1era edición, 1997.

ROSA (Juan) Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental, Madrid, Editorial Trivium, Primera edición, 1993.

SALAZAR (Roxana) y SABORÍO (Rodolfo) Derechos Humanos y Ambiente, San José, Fundación Ambio-Academia Costarricense de Derecho Ambiental, 1º Edición, 1994.

SERRANO (José Luis) Ecología y Derecho, Granada, Editorial Comares, 1era edición, 1992.

VALLS (Mario) Derecho Ambiental, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1era edición, 1993.

Tratado

MATEO (Ramón) Tratado de Derecho Ambiental, Madrid, Editorial Trivium, Primera Edición, 1991.

Obras Colectivas

CABRERA (Jorge) La jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia ambiental, Gestión Ambiental Municipal, San José, Colegio de Abogados, Primera Edición, 1995, pp. 103 – 167.

PICADO (Sonia) Apuntes sobre los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos, Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, I.I.D.H., 1990, pp. 9 – 46.

RODRÍGUEZ (Pablo) Tesiario para una visión de conjunto de los derechos constitucionales, Compilación de Derecho Constitucional Económico, San Pedro, Universidad para la Cooperación Internacional, 1998, pp. 12 – 26.

Trabajos Finales de Graduación

ARIAS (Luis Albán) y otros. El bosque y su titulación dentro de un contexto de protección del ambiente, San José, Seminario de Graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994.

CALDERA (Grettel) y otra Marco jurídico y política de medio ambiente en la comunidad europea, San José, Tesis para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1993.

CAMPOS (Yudy) El Derecho Internacional del medio ambiente y su aplicación en la legislación costarricense, San José, Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1987.

C HÁVEZ (María Rosario) El principio de precaución y el indubio pro-naturaleza, San José, Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997.

DELGADO (Catalina) y otra La responsabilidad civil de los estados a nivel internacional en caso de perjuicio por daño ecológico, San José, Tesis para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994.

ESQUIVEL (Jenny) y otra La protección del ambiente y los derechos del consumidor, San José, Tesis para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997.

GARCÍA (Tatiana) Daño ambiental, acciones preventivas y resarcitorias, San José, Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997.

LÓPEZ (Gabriela) Delito Ecológico, San José, Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1987.

MURILLO (Juan Carlos) y otra Una ética general para el derecho ambiental, San José, Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994.

Constitución Política

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Editec Editores, 2ª ed., 1996.

Código

Código Civil. Ley N° 3 de 26 de abril de 1886, San José, Editorial Porvenir, 3ª ed., 1988.

Ley

Ley de la Jurisdicción Constitucional, N° 7135 de 11 de octubre de 1989.

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional, N° 741-92 de 10 H 55 de 13 de marzo de 1992. Recurso de Amparo de G.A.I.S.A. c/ C.C.C. y otro.

Sala Constitucional, N° 3705-93 de 15 H de 30 de julio de 1993. Recurso de Amparo de C.R.M.C. c/ M.S. y otra.

Sala Constitucional, N° 4422-93 de 10 H 30 de 7 de setiembre de 1993. Acción de Inconstitucionalidad de V.V.S. y otro.

Sala Constitucional, N° 4423-93 de 12 H de 7 de setiembre de 1993. Recurso de Amparo de V.V.S. y otro c/ P.R. y otros.

Sala Constitucional, N° 6240-93 de 14 H 26 de noviembre de 1993. Consulta Legislativa de Constitucionalidad de W.C.G. y otro.

Sala Constitucional, N° 6683-93 de 10 H 42 de 17 de diciembre de 1993. Recurso de Amparo de F.C.C. c/ M.S. y otro.

Sala Constitucional, N° 1241-94 de 9 H 45 de 4 de marzo de 1994. Recurso de Amparo de E.B.F. c/ M.S.

Sala Constitucional, N° 1394-94 de 15 H 21 de 16 de marzo de 1994. Consulta de Constitucionalidad del D.A.L.

Sala Constitucional, N° 1756-94 de 16 H 24 de 13 de abril de 1994. Recurso de Amparo de A.M.S. y otro c/ M.S.

Sala Constitucional, N° 1763-94 de 16 H 45 de 13 de abril de 1994. Recurso de Amparo de G.N.A. y otros c/ I.D.A.

Sala Constitucional, N° 1783-94 de 9 H 57 de 15 de abril de 1994. Recurso de Amparo de A.E.C. c/ MIN.A.E.

Sala Constitucional, N° 2485-94 de 9 H 18 de 27 de mayo de 1994. Consulta de Constitucionalidad del D.A.L.

Sala Constitucional, N° 4480-94 de 10 H 51 de 19 de agosto de 1994. Recurso de Amparo de S.O.F. y otros c/ M.G. y otro.

Sala Constitucional, N° 5527-94 de 10 H 45 de 23 de setiembre de 1994. Recurso de Amparo de AS.CO.NA c/ M.P. y otros.

Sala Constitucional, N° 6378-94 de 16 H 27 de 1 noviembre de 1994. Acción de Inconstitucionalidad de R.C.C.

Sala Constitucional, N° 0031-95 de 16 H 30 de 3 de enero de 1995. Acción de Inconstitucionalidad de A.E.P.L.C.

Sala Constitucional, N° 0697-95 de 10 H 54 de 3 de febrero de 1995. Acción de Inconstitucionalidad de A.M.S.

Sala Constitucional, N° 0743-95 de 15 H 3 de 8 de febrero de 1995. Recurso de Amparo de I.S.U. y otros c/ M.S.

Sala Constitucional, N° 0846-95 de 15 H 54 de 14 de febrero de 1995. Acción de Inconstitucionalidad de C.N.I.M.

Sala Constitucional, N° 0915-95 de 16 H 6 de 15 de febrero de 1995. Recurso de Amparo de A.D.I.R. c/ M.S. y otra.

Sala Constitucional, N° 1888-95 de 9 H 18 de 7 de abril de 1995. Recurso de Amparo de M.A.E. y otro c/ M.S. y otros.

Sala Constitucional, N° 4149-95 de 9 H 30 de 28 de julio de 1995. Recurso de Amparo de A.D.I.P. c/ M.P.

Sala Constitucional, N° 4194-95 de 11 H 45 de 28 de julio de 1995. Acción de Inconstitucionalidad de H.F.O. y otros.

Sala Constitucional, N° 5893-95 de 9 H 48 de 27 de octubre de 1995. Acción de Inconstitucionalidad de G.C.D. y otro.

Sala Constitucional, N° 1040-96 de 9 H 27 de 1 de marzo de 1996. Recurso de Amparo de G.N.M. c/ CO.C.IM. y otros.

Sala Constitucional, N° 1154-96 de 16 H de 6 de marzo de 1996. Recurso de Amparo de F.A.S. y otra c/ P.R. y otros.

Sala Constitucional, N° 2231-96 de 14 H 33 de 14 de mayo de 1996. Recurso de Amparo de L.Z.G. y otro c/ M.S.J.

Sala Constitucional, N° 2237-96 de 14 H 51 de 14 de mayo de 1996. Recurso de Amparo de G.N.M. c/ M.S.J. y otros.

Sala Constitucional, N° 2641-96 de 15 H 42 de 31 de mayo de 1996. Recurso de Amparo de D.A.F. y otro c/ M.S. y otra.

Sala Constitucional, N° 1360-97 de 15 H 18 de 5 de marzo de 1997. Recurso de Amparo de S.G.C. y otros c/ M.V.C. y otro.

Periódicos

CABRERA (Jorge)
In Dubio Pro Naturaleza, Al Día (periódico), miércoles 8 de abril de 1998, p.14.

Resoluciones Administrativas

Defensoría de los Habitantes, N° CV-531-96, el 30 de mayo de 1996.

Ministerio del Ambiente y Energía, N° 235-97, S.F.

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACERAS EN COSTA RICA

M.Sc. Adolfo G. Johanning Pérez

SUMARIO

Tabla de Abreviaturas

Introducción

- I. Concepto y características de las aceras
 - A. Concepto de acera ¿Son vías públicas?
 - B. Características que deben tener las aceras, según nuestro ordenamiento jurídico
- II. Naturaleza jurídica de las aceras: ¿Son bienes de dominio público o servidumbres urbanas?
 - A. Posiciones jurisprudenciales
 - B. Nuestra posición
- III. Responsabilidad por construcción de aceras
 - A. Responsabilidad municipal de fiscalizar que las vías públicas cuenten con aceras y demás infraestructura que garantice la seguridad de las personas
 - B. Responsabilidad de construir aceras en carreteras de acceso restringido: El caso de las paradas de bus en las “autopistas”
 - C. La responsabilidad de los particulares de construir aceras, conforme el Código Municipal y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 3

Conclusión

Bibliografía

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACERAS EN COSTA RICA

M.Sc. Adolfo G. Johanning Pérez

Tabla de Abreviaturas

CC	Código Civil, Ley N° 63 del 28 de septiembre de 1887.
CM	Código Municipal, Ley N° 7794 del 30 de abril de 1998.
CPCA	Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley N° 8508 del 28 de abril de 2006.
COPOL	Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.
INVU	Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo.
LC	Ley de Construcciones, Decreto-Ley N° 833 del 2 de noviembre de 1949.
L-7600	Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Ley N° 7600 del 2 de mayo de 1996.
LPU	Ley de Planificación Urbana, Ley N° 4240 del 15 de noviembre de 1968.
Ley de Tránsito	Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, Ley N° 7331 del 13 de abril de 1993.
LGCP	Ley General de Caminos Públicos, Ley N° 5060 del 22 de agosto de 1972.
LGAP	Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978.
MOPT	Ministerio de Obras Públicas y Transportes.
RL-7600	Reglamento a la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, Decreto Ejecutivo N° 26831 del 20 de abril de 1998.
RC	Reglamento de Construcciones. Aprobado por el INVU y Publicado en el Alcance N° 17 a La Gaceta N° 56 del 22 de marzo de 1983.
RFU	Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones. Aprobado por el INVU en sesión 3391 del 13 de diciembre de 1982.
Sala Constitucional	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

INTRODUCCIÓN

El Art. 106¹ de la Ley de Tránsito, obliga a los peatones a comportarse en forma tal que no obstaculicen, perjudiquen ni pongan en riesgo a las demás personas. Entre estas obligaciones se encuentra la de transitar por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos y, en el caso de las zonas urbanas, transitar solo por las aceras.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Pueden los peatones transitar por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos cuando, en realidad, en muchas de las vías de nuestro país, no tienen otro remedio que compartir la calzada con tales vehículos, con el consecuente riesgo para sus vidas?

La solución que ofrece la Ley de Tránsito es extremadamente simplista: *“Cuando, por no existir aceras o espacio disponible, los peatones deban transitar por las calzadas de las carreteras, lo harán por el lado izquierdo, según la dirección de su marcha.”* (Art. 106.e de dicha Ley).

Esta norma desconoce la realidad de nuestras vías donde, en muchas ocasiones, es imposible para el peatón transitar por el lado izquierdo, según la dirección de su marcha. Piénsese, por ejemplo, el riesgo que conlleva cruzar una carretera de alto tránsito simplemente para caminar por el lado izquierdo, más aún cuando no existen zonas seguras de paso; o bien, cuando la parada del bus –en dirección a la marcha del peatón– se encuentra en el lado derecho de la vía, sin que exista una

acera que lo lleve a esa parada; o cuando el lado izquierdo de la calzada es intransitable (presencia de paredones, obstáculos en la vía, zanjas, áreas anegadas, etc.).

Estas normas de la Ley de Tránsito se tornan inaplicables, no por deficiencias en su concepción jurídica o su fuerza de ley, sino simplemente porque las entidades competentes, tal parece, ha dejado de lado al peatón en sus procesos de planificación, construcción y fiscalización de vías públicas, lo cual ya ha cobrado muchas muertes en las calles de nuestro país.

Por ello, hemos querido realizar un pequeño aporte al tema, analizando el régimen jurídico de las aceras en Costa Rica, trayendo a la luz alguna información y, por qué no, cuestionamientos en esta materia, con el fin de dotar de insumos a las instituciones encargadas y, especialmente, a los ciudadanos, para exigir las aceras y los elementos de seguridad peatonal que tanto requieren las carreteras costarricenses.

1- Concepto y características de las aceras

El Diccionario de la Lengua Española define la acera como: *“Orilla de la calle o de otra vía pública, generalmente enlosada, sita junto al paramento de las casa, y particularmente destinada para el tránsito de la gente que va a pie”*². De frente a esta primera definición que, por su generalidad, nos dice poco de su régimen jurídico, tenemos en nuestro

1 Reformado por el inciso n) del artículo 1° de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008; así corrida su numeración por el inciso a) del artículo 2° de esa misma Ley, que lo traspasó del artículo 105 al 106.

2 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. XXI Edición. Tomo I, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1992, p. 23.

ordenamiento una serie de normas con una definición de acera y su caracterización.

Por tal razón, analizaremos si nuestro sistema jurídico enmarca las aceras dentro del concepto de vía pública y, posteriormente, nos referiremos a las características y estructura que estas deben tener, según el marco jurídico vigente.

A- Concepto de acera ¿Son vías públicas?

El Art. 4° de la Ley de Construcciones define las vías públicas como: *“[...] Todo terreno de dominio público y de uso común, que por disposición de la autoridad administrativa se destinare al libre tránsito de conformidad con las leyes y Reglamentos de planificación y que de hecho esté destinado ya a ese uso público. [...]”*.

Obsérvese primeramente como la LC se refiere a vías públicas, concepto mucho más amplio que el de carreteras o caminos públicos utilizado por la Ley General de Caminos Públicos (la cual se enfoca más que todo en las rutas para el tránsito vehicular y no tanto el peatonal). Adicionalmente, el

concepto ofrecido por el citado Art. 4 la Ley de Construcciones no enumera los componentes de las vías públicas, sino que las define en función de su uso: Terreno de dominio público destinado al libre tránsito.

Así, al referirse a su uso, la LC no lo limita al uso para el tránsito vehicular; sino que refiere a terrenos públicos donde puede transitar quien lo requiera, sin que se haga referencia a un medio de locomoción en particular (sea vehículo, bestia o peatonal).³

Dentro de esa misma óptica, vemos como el Art. 235.2⁴ de la Ley de Tránsito, conceptualiza la acera como la *“vía destinada al tránsito de los peatones”*.

Por otra parte, el artículo I.3 del Reglamento de Construcciones define la acera como: *“Parte de la vía pública, normalmente ubicada en sus orillas, que se reserva para el tránsito de peatones”*. Ello lo reitera el Art. 4 del RFU, el cual incluye las aceras dentro del derecho de vía⁵; así como el numeral III.2.4. de ese mismo reglamento, al señalar que el diseño geométrico de las vías públicas en urbanizaciones incluye las aceras.⁶

3 La limitación en el uso sería, entonces, conforme lo que establezca la legislación vigente, en particular, la Ley de Tránsito.

4 Así corrida su numeración por los incisos a), q) y r) del artículo 2° de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008, que lo traspasó del artículo 220 al 235. Este numeral será derogado cuando se elabore y entre en vigencia el Reglamento respectivo, de acuerdo con la disposición del artículo 3° de la Ley No.7721 de 9 de diciembre de 1997, el cual dispone: “La derogación del artículo 220 de la Ley de Tránsito operará y regirá a partir de la emisión del Reglamento correspondiente.”.

5 La definición de derecho de vía en el Art. 4 del RFU indica: “Derecho de vía: El ancho total de la carretera, calle, sendero, servidumbre, esto es, la distancia entre líneas de propiedad incluyendo en su caso calzada, fajas verdes y aceras.”.

6 El Art. III.2.4 del RFU señala: “III.2.4. Clasificación de vías: El diseño geométrico para Vías públicas en Urbanizaciones, (cuyas normas incluyen el ancho de pavimento, franjas verdes y aceras y los elementos críticos de diseño) dependerá del volumen de tránsito promedio diario, de los accidentes topográficos, de las pendientes, de la densidad de uso y de otros similares. Su clasificación, por otro lado, se hace de acuerdo a su importancia dentro de los desarrollos urbanos. En esta clasificación se definen seis (6) tipos de vías, las que se enumeran a continuación, de acuerdo al orden decreciente de su derecho de vía y de su importancia”.

En consecuencia, partiendo de la concepción que ofrece la LC, la Ley de Tránsito, el RC y el RFU, podemos concluir que las aceras, como porciones de terreno de dominio público que las leyes y reglamentos de planificación destinan para el tránsito peatonal, son: Vías públicas.

B- Características que deben tener las aceras, según nuestro ordenamiento jurídico

El Art. 32 de la LPU, dispone que el Reglamento de Fraccionamiento y Urbanización, puntualizará las condiciones municipales para permitir fraccionamientos, urbanizaciones o ambas operaciones, y establecerá, previa consulta a los organismos competentes, normas mínimas sobre construcción de calles y aceras

En virtud de lo dispuesto por la LPU, el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones viene a

establecer una serie de normas en relación con las aceras. Así, el RFU establece una distinción entre vías reglamentadas por el MOPT y las vías reglamentadas por la municipalidad; sin embargo, las regidas por el MOPT deben ajustarse, en cuanto a las características geométricas de las calzadas y aceras, a lo dispuesto en ese reglamento⁷, así como deben hacerlo las municipalidades cuando carezcan de plan regulador⁸. En consecuencia el ancho de la acera varía, según la clasificación del tipo de vía:

Especiales: Deben integrarse a la vialidad existente o propuesta para la zona.⁹

Primarias: 14 m. de derecho de vía, 9 m. de calzada, 1,50 m. de acera y 1 m. de franjas verdes.¹⁰

Secundarias: 10 m. de derecho de vía, 7 m. de calzada y el resto se repartirá entre aceras y zonas verdes.¹¹

7 El artículo III.2.5 del RFU indica: "III.2.5 Vías reglamentadas por el Ministerio de Obras Públicas y transportes (M.O.P.T.). El derecho de vía de las carreteras y de los caminos públicos será el que indique el MOPT, pero las características geométricas de calzada y aceras se regirán por lo establecido en los puntos siguientes, quedando el resto del derecho de vía como zona verde. La vigencia de los alineamientos será de 18 meses." (Así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986). (Se agregó el subrayado).

8 El numeral III.2.6 del RFU dispone: "III.2.6 Calles locales: Reglamentadas por la Municipalidad cuando exista el respectivo reglamento aprobado; de lo contrario se regirán por lo dispuesto en este Reglamento, de acuerdo con la ley N° 5990 de 19 de abril de 1976." (Así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986).

9 Según el Art. III.2.6.1 del RFU, las vías especiales son: "III.2.6.1. Especiales: Aquellas que se indican en los planes reguladores o en proyectos especiales o parciales debidamente aprobados, por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (I.N.V.U.). // Su sección será la indicada en cada caso y deberán integrarse adecuadamente a la vialidad existente o propuesta para la zona."

10 Según el Art. III.2.6.2 del RFU, las vías primarias son: "III.2.6.2 Primarias: Aquellas que constituyen una red vial continua, sirven para canalizar las vías locales hacia sectores de la ciudad o bien, hacia carreteras de enlace entre el desarrollo propuesto y otros núcleos poblados o que se considere que puedan llegar a tener esa función. // Requieren de las siguientes dimensiones: de catorce metros (14 m) de derecho de vía, nueve metros (9 m) de calzada, un metro con cincuenta centímetros (1,50 m) de acera y un metro (1 m) de franjas verdes. // Podrán habilitar un número ilimitado de lotes. En zonas industriales el derecho de vía será de 17 m." (Así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986).

11 Conforme el Art. III.2.6.3 del RFU, las vías secundarias son: "III.2.6.3 Secundarias: Aquellas vías colectoras de las vías internas de la urbanización, tendrán un derecho de vía de 10 m, la calzada será de 7 m y el resto se repartirá entre aceras y zonas verdes." (Así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986).

Terciarias: 8,50 m. de derecho de vía, 5,50 m. de calzada y el resto se repartirá entre aceras y zonas verdes.¹²

De uso restringido: 7 m. de derecho de vía, 5 m. de calzada y el resto podrá ser acera o zona verde.¹³

Calles en proyectos acogidos a la Ley de Propiedad Horizontal: El derecho de vía se calculará conforme a las normas anteriores, según número de viviendas.¹⁴

Peatonales: 6 m. de derecho de vía, 2 m. de acera al centro el resto para zonas verdes.¹⁵

En todo caso, independientemente la clasificación de la vía, el RFU dispone que, cuando se trate de usos comerciales, a criterio del INVU y de la Municipalidad, se podrá exigir un ancho de acera mayor al fijado en ese Reglamento.¹⁶

En cuanto al momento de construcción de las aceras, el numeral III.2.8 del RFU dispone

que la construcción de aceras se exigirá como parte de las obras de urbanización, en los casos en que se vayan a construir viviendas simultáneamente. Cuando no se contempla esto, se exigirá en los desarrollos frente a las calles primarias y, en los otros casos, la construcción de aceras podrá diferirse hasta la realización de obras sobre cada lote en particular, a criterio municipal. No obstante, la previsión debe mantener una debida relación con las cunetas de drenaje pluvial y las rasantes del pavimento.

Considerando estas detalladas disposiciones que establece el RFU respecto del ancho de las aceras, llama la atención que, apenas un par de meses después, el RC viniera a señalar en su Art. IV.4 que: "[...] las aceras tendrán el ancho que indique la Municipalidad respectiva". Con lo cual parece generarse una antinomia jurídica, que deja en manos de las municipalidades la definición del ancho de las aceras. En todo caso, el tema queda ahora resuelto, en gran medida, con el numeral 125

12 Conforme el Art. III.2.6.4 del RFU, las vías terciarias son: "III.2.6.4 Terciarias: Aquellas que sirvan a 100 o menos unidades de vivienda o lotes. Tendrán un derecho de vía de 8,50 m, con una calzada de 5,50 m y el resto se repartirá entre aceras y zonas verdes." (Así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986).

13 Según el Art. III.2.6.5 del RFU, las vías de uso restringido son "III. 2.6.5 De uso restringido: Son las terciarias que por sus características de continuidad limitada tendrán un derecho de vía de 7 m, una calzada de 5 m y el resto podrá ser acera o zona verde. Su longitud máxima será 120 m. // En los casos definidos en el Capítulo V se podrá admitir una calzada de tres metros (3 m) inclusive sin pavimento." (Así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986).

14 Para las vías en proyectos de propiedad horizontal, el Art. III.2.6.6. del RFU dispone: "III.2.6.6 Calles en proyectos acogidos a la Ley de Propiedad Horizontal: En estos casos los edificios deberán ubicarse de tal forma que, en una posible segregación posterior, las calles previstas como privadas puedan entregarse al uso público cumpliendo con las normas anteriores. El derecho de vía se calculará conforme a las normas anteriores, según número de viviendas."

15 Las vías peatonales son reguladas por el III.2.6.7 del RFU de la siguiente forma: "III. 2.6.7 Peatonales: // III.2.6.7.1 Alamedas o senderos peatonales: Tendrán un derecho de vía mínimo de 6 m con acera de 2 m al centro y el resto para zonas verdes. Cuando tengan salida a dos calles vehiculares su longitud podrá ser de 200 m; si no, la longitud máxima será de 135 m. // III.2.6.7.2 Cuando la distancia entre dos vías vehiculares sea mayor de doscientos cuarenta (240) metros, deberá subdividirse el bloque mediante un espacio abierto para producir un paso peatonal intermedio no menor de 6,00 m de ancho. En este caso no se exigirá el antejardín si no hay lotes que enfrenten a él." (Así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986).

16 RFU, Art. III.2.8; así reformado por acuerdo de Junta Directiva, en su sesión N° 3773 de 17 de noviembre de 1986.

del RL-7600, donde se exige un mínimo de ancho de acera de 1,20 mts., a lo cual nos referiremos más adelante.

En cuanto a las características estructurales de las aceras, el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones dispone lo siguiente:

- a- El acabado de las aceras debe ser antideslizante (Art. III.2.8.1 del RFU).
- b- La pendiente en el sentido transversal deberá tener como máximo el 3% y como mínimo el 2 % (Art. III.2.8.3 del RFU).
- c- Las rampas de acceso vehicular debe salvarse con rampas en la franja verde o en una longitud máxima de 50 cm, y con pendiente no mayor en un 30% de la que tiene la acera (Art. III.2.8.4 del RFU).
- d- En urbanizaciones que no sean de interés social, las franjas verdes intermedias entre la calzada y la acera, tendrán arborización utilizando especies de árboles o arbustos que por sus características de crecimiento no interfieran con el buen funcionamiento de las obras de infraestructura (Art. III.2.9.1 del RFU).

Valga observar que, desde mucho antes de la promulgación de la Ley N° 7600, el Art. III.2.11 del RFU ya establecía el deber de construir rampas en las esquinas: “III.2.11

Rampa en esquinas: En todas las esquinas se construirán rampas de longitud igual al ancho del área verde para salvar el desnivel existente entre la calle y la acera. Estas rampas deberán tener un ancho mínimo de 1,20 m. ser de material antideslizante, tener una estría de 1 cm. de profundidad mínima cada 10 cm. y estar ubicadas fuera de la sección curva de la intersección.”.

Por su parte el Reglamento de Construcciones, en su numeral IV.4, también establece ciertas pautas para la construcción de las aceras:¹⁷

- a- La pendiente de la acera hacia el cordón no podrá exceder del 2%.
- b- Superficie antideslizante.
- c- Los cortes para la entrada de vehículos a los predios no deben entorpecer ni hacer molesto el tránsito para los peatones.
- d- En las zonas residenciales con área verde junto al cordón, esos cortes deben limitarse al ancho de tales áreas verdes.
- e- Tales cortes deben construirse de modo que resista la sobrecarga del paso de vehículos donde corresponda.

El artículo XXXI.5 del RC deja en manos de las municipalidades la aprobación del material superficial a usar en las aceras, sobre una base o contrapiso de resistencia adecuada y

17 El artículo IV.4 del RC dispone lo siguiente: “Artículo IV. 4.—Aceras. // IV.4.1. Es obligación del propietario construir aceras, o reconstruir las existentes, frente a edificios y otras obras que se hayan efectuado en propiedades particulares; las aceras tendrán el ancho que indique la Municipalidad respectiva. // IV. 4.2. La pendiente de la acera hacia el cordón no podrá exceder del 2% y el material de piso deberá tener superficie antideslizante. // IV.4.3. En aceras y en cordones de calle, los cortes para la entrada de vehículos a los predios no deberán entorpecer ni hacer molesto el tránsito para los peatones; en las zonas residenciales con área verde junto al cordón; los cortes deben limitarse al ancho de tales áreas verdes. // IV. 4.4. La parte de las aceras que deba soportar el paso de vehículo, se construirá de modo que resista las sobrecargas correspondientes.

en conformidad con el diseño correspondiente. Reitera que la gradiente transversal debe ser del 2% bajando hacia los caños o cunetas que la limiten exteriormente, y la necesidad de que soporten el paso de vehículos en los tramos que corresponda. Adicionalmente, deja claro que la superficie deberá quedar libre de rugosidades y huecos que dificulten el tránsito o constituyan riesgos para los peatones.¹⁸

Ahora bien, con la promulgación de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad se vino a establecer, en su artículo 41, que las construcciones, ampliaciones o remodelaciones de propiedades públicas, incluidas las vías y aceras, deben ser conforme las especificaciones técnicas reglamentarias de los organismos públicos y privados encargados de la materia; al igual que las edificaciones privadas que impliquen concurrencia y brinden atención al público.

El numeral 42 de la L-7600 agrega que los pasos deben contar con los requisitos técnicos necesarios como: rampas, pasamanos, señalizaciones visuales, auditivas y táctiles con el fin de garantizar que sean utilizados sin riesgo alguno por las personas con discapacidad.

Como desarrollo de la L-7600, el numeral 125 del Reglamento a la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Disca-

pacidad, dispone que: “Las aceras deberán tener un ancho mínimo de 1.20 mts., un acabado antiderrapante y sin presentar escalones; en caso de desnivel éste será salvado con rampa.”.

Como ya lo adelantamos, la primera observación que resalta a la vista es que el RL-7600 define un ancho mínimo general de 1,20 m. para las aceras. Es decir, el ancho mínimo de la acera no es un tema que quede ahora al arbitrio de las municipalidades, tal y como lo disponía el Art. IV.4 del RC.

Dada esta estipulación general de 1,20 m. que hace el RL-7600, el ancho mínimo tampoco dependerá ahora de las clasificaciones de vías estipuladas por los incisos del Art. III.2 del RFU. En todo caso, en nuestro criterio, ello no obsta para que, en un plan regulador, la Municipalidad exija un ancho mayor de aceras para usos comerciales, al tenor de lo dispuesto por el Art. III.2.8 del RFU.

Otro punto de interés respecto del numeral 125 del RL-7600, es que deja claro que las aceras no deben presentar escalones y, en caso de desnivel, estos deben ser salvados con rampa. Con ello se solventan las dudas que dejaba el confuso numeral III.2.8.2. del RFU, cuando disponía que: “No se permitirán gradas en las aceras, salvo en las vías peatonales”¹⁹.

18 El artículo XXXI.5 del RC dispone en su totalidad lo siguiente: “Artículo XXXI. 5. — Aceras. // El tipo de material superficial a usar en las aceras deberá ser aprobado por la municipalidad respectiva. Este material se colocará, de acuerdo con sus cualidades de resistencia mecánica, sobre una base o contrapiso de resistencia adecuada y en conformidad con el diseño correspondiente. // La subrasante o terreno sobre el cual se construirá la base se conformará según especificaciones establecidas en el proyecto. // La superficie de las aceras tendrá en todo caso, una gradiente transversal de dos por ciento (2%) bajando hacia los caños o cunetas que la limiten exteriormente. Esta superficie deberá quedar libre de rugosidades y huecos que dificulten el tránsito o constituyan riesgos para los peatones. // Los tramos de acera sujetos al paso de vehículos deberán ser diseñados y construidos para soportar los esfuerzos inducidos por el peso y movimiento de los vehículos y el desgaste que su tránsito produce.”

19 El Art. 1.3 del RC define la vía peatonal como: “Aquella que se utiliza principalmente para peatones, excluyendo el uso vehicular”. En nuestro criterio, dado que una acera es en esencia una vía peatonal, el Art. III.2.8.2 del RFU parece contradecirse a sí mismo.

En nuestro criterio, prevalece el RL-7600 de frente a las disposiciones del RC y del RFU, toda vez que no sólo es una norma más reciente, sino que es un Decreto Ejecutivo que reglamenta una Ley, la cual además es de orden público²⁰. Desde esta perspectiva, al tenor de la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo²¹, podríamos considerarlo como de mayor jerarquía al RC y al RFU, aprobados por el INVU.

En consecuencia, de conformidad con el RL-7600, toda acera deberá tener un ancho mínimo de 1,20 mts. y las gradas en las aceras deberán ser sustituidas –o complementadas– por rampas. Aunado a ello, el RL-7600 establece otra serie de condiciones para las aceras:

- a- Tener una altura (gradiente) de entre 15 y 25 cm. medida desde el cordón del caño (Art. 125 RL-7600)²².
- b- En las esquinas, debe existir una rampa con gradiente máxima de 10%, con un ancho mínimo de 1.20 mts. y construida en forma antiderrapante (Art. 126 del RL-7600).
- c- Las señales u objetos salientes sobre las calles, aceras o espacios públicos deben

estar a una altura mínima de 2.20 m. (Art. 127 RL-7600).

- d- Los postes, parquímetros e hidrantes deben ubicarse de tal forma que sean fácilmente visibles o perceptibles por todas las personas y, para ello, se requiere utilizar cambios en la textura de la acera, que indiquen su proximidad (Art. 129 RL-7600).
- e- Los elementos urbanos de uso público, tales como cabinas telefónicas, fuentes, basureros, bancos, maceteros y otros análogos deben permitir ser usados por personas con discapacidad y no pueden constituir un obstáculo para el desplazamiento de los transeúntes (Art. 130 RL-7600).
- f- Otros elementos urbanos adicionales como toldos, marquesinas, quioscos, escaparates, y análogos, que interfieran con el paso o espacio peatonal, se deben disponer de forma que no constituyan amenaza o riesgo a la integridad física y la seguridad de las personas (Art. 131 RL-7600).
- g- En los edificios que tengan aleros, estos deben estar a una altura mínima de 2.20 m. (Art. 132 RL-7600).

20 El Art. 83 de la L-7600 dispone que dicha Ley es de orden público. Asimismo, el numeral 183 del RL-7600 señala: “El presente reglamento es de orden público”.

21 LGAP, Art. 6 incisos d) y e).

22 El tema de las gradas es desarrollado en detalle por el Art. 125 del RL-7600, el cual dispone, respecto de las rampas y gradientes, lo siguiente: “Artículo 125.- Características de las aceras. Las aceras deberán tener un ancho mínimo de 1.20 mts., un acabado antiderrapante y sin presentar escalones; en caso de desnivel éste será salvado con rampa. // Los cortes transversales o rampas que se hagan a lo largo de la línea de propiedad, no será de un tamaño mayor a 1,20 mts., deberán cumplir con los requisitos de gradiente, superficie y libre paso de aguas. Podrán hacerse en estos casos sin necesidad de visto bueno municipal. // En caso de ser mayores los cortes o menor la distancia de separación según dicho, su distancia máxima sobre la línea de construcción será la que exista de área de entrada o de estacionamiento. Estas áreas deberán cumplir con los requisitos que indique el reglamento al respecto y deberá contarse en este caso con el visto bueno de la municipalidad del lugar para su ejecución. // Las aceras deberán tener una altura (gradiente) de entre 15 y 25 cms. medida desde el cordón del caño. En caso de que la altura de la línea de propiedad sea menor a la señalada, se salvará por gradiente que deberá cumplir con lo establecido a continuación. // La gradiente en sentido transversal, tendrá como máximo el 3%.”.

Ahora bien, una vez señalado que las aceras son concebidas por nuestro ordenamiento como vías públicas, para las cuales se exigen determinadas características para su diseño, estructura y construcción, procederemos en el siguiente capítulo a analizar su naturaleza jurídica, considerando las diversas posiciones que se han manifestado al respecto.

Naturaleza jurídica de las aceras: ¿Son bienes de dominio público o servidumbres urbanas? El análisis sobre la naturaleza jurídica que le confiere nuestro ordenamiento a las aceras es uno de los temas centrales al estudiar su régimen jurídico; toda vez que las consecuencias para el Derecho serán disímiles si, por un lado, se consideran como bienes demaniales o, por otro lado, como una limitación a la propiedad por razones de interés social (servidumbre urbanística).

c- Posiciones jurisprudenciales

En muchas ocasiones nuestra jurisprudencia administrativa y judicial da por sentado que las aceras, como parte de las vías públicas, son bienes de dominio público. Así, en el voto N° 15751-05, la Sala Constitucional señaló:

“Es menester indicar que las vías públicas son un bien demanial o de titularidad pública que están librados al uso y aprovechamiento común para garantizar la libre circulación de todos los peatones, vehículos privados y de transporte público reenumerado”.²³

En este voto, la Sala Constitucional reconoce las vías públicas como el espacio destinado, no sólo para la circulación de los vehículos, sino también para la libre circulación de los peatones. Es decir, el Tribunal Constitucional considera la acera como parte del concepto jurídico de vía pública, a la cual ha reconocido su condición de bien de dominio público. Este reconocimiento del carácter demanial de las vías públicas –y de sus aceras–, data desde las más tempranas resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional, tal y como se aprecia en el voto N° 2306-91, donde se indicó lo siguiente:

“[...] El régimen patrio de los bienes de dominio público, como las vías de la Ciudad Capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración, unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalen.”²⁴.

Siguiendo la misma tesis, en el dictamen N° C-243-09, la Procuraduría General de la República concluye también que las aceras son bienes de dominio público:

“De las definiciones citadas, se infiere con claridad que “las aceras” son espacios de la vía pública que tienen como destino el tránsito de peatones, es decir, están afectas a un “uso público”.

23 Sala Constitucional, voto N° 15751-05 de las 10:28 hrs. del 17 de noviembre de 2005.

24 Sala Constitucional, voto N° 2306-91 de las 14:45 hrs. del 6 de noviembre de 1991. Sobre la naturaleza demanial de las vías públicas, en ese mismo voto, la Sala agregó: “[...] Las vías públicas, que son terrenos de dominio público, por definirlo así expresamente, la Ley de Construcciones en sus artículos 4, 5 y 6; el artículo 28 de la Ley General de Caminos Públicos, artículos 44 y siguientes de la Ley de Planificación Urbana, en relación con los artículos 261 y 262 del Código Civil y el inciso 14 del artículo 121 y 174 de la Constitución Política. [...]”. En la misma línea, ver también de la Sala Constitucional, el voto N° 11216-02 de las 15:03 hrs. del 26 de noviembre de 2002.

Precisamente, ese destino al uso de los peatones, nos permite calificar a las aceras como bienes de dominio público con las consecuentes características que tal naturaleza les imprime, esto es, su inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad.

En esta línea, no está de más recordar que por bienes de dominio público se entienden todos aquellos, cuya propiedad ostenta el Estado y que están destinados a un uso común, razón por la cual, gozan de un régimen de protección especial. [...].

De lo antes indicado resulta clara la pertenencia de las aceras al régimen de bienes públicos del Estado, estando afectas a un uso común y al régimen demanial. [...]

IV. CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto se concluye lo siguiente:

- 1- Las aceras son bienes de dominio público y como tales están afectas a un uso público y a un régimen jurídico especial.²⁵
- 2- Sin embargo, a pesar de esta posición aparentemente concordante de la jurisprudencia, existen otros criterios donde se ha considerado que la acera no constituye propiamente dominio público, sino una servidumbre urbanística; tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional

en el voto N° 15751-05, donde manifestó lo siguiente:

“[...] En sentido estricto no son un bien demanial, sino una servidumbre urbanística o limitación por razón de interés social que deben soportar los propietarios de los inmuebles; sin embargo, su fin o propósito es evidentemente público, sobre todo tratándose de núcleos o centro urbanos de importancia, puesto que, consiste en garantizar la indemnidad de los peatones al evitar que se desplacen por la vía pública propiamente dicha con el consiguiente riesgo para su vida, salud, integridad física y seguridad.”²⁶

Esta posición de la Sala pone en el tapete un tema de suyo interesante, y nos obliga a cuestionarnos si realmente estamos ante dominio público o una servidumbre urbanística.

A- Nuestra posición

En cuanto a la acera como una servidumbre urbana, es preciso mencionar, en primer lugar, que la distinción entre servidumbres urbanas y rústicas ha sido cuestionada por los autores del derecho civil. Ello por cuanto se fundamenta en la naturaleza de los predios, es decir, según un criterio topográfico, en virtud del cual las servidumbres rurales se encontraban en los predios rurales y eran destinadas a suplir las necesidades de la agricultura, y las urbanas se ubicaban en las ciudades y servían a las necesidades de los edificios. Con el tiempo, tanto las zonas rurales como las urbanas requerían de servidumbres que habían sido clasificadas como de una u otra forma, por lo que la distin-

²⁵ Procuraduría General de la República, dictamen N° C-243-09 del 3 de septiembre de 2009. En el mismo sentido, ver también el dictamen C-257-04 del 1° de septiembre de 2004.

²⁶ Sala Constitucional, voto N° 15751-05 de las 10:28 hrs. del 17 de noviembre de 2005.

ción fue perdiendo interés práctico, quedando simplemente como una referencia histórica.²⁷

Bajo ese panorama, si las aceras fueran una servidumbre, independiente se le llame urbana o de otra forma, lo cierto es que se ubicarían dentro del régimen que tutela las servidumbres en nuestro país, como una situación jurídica real compleja propia del derecho civil, donde se entra a considerar aspectos tales como²⁸:

- a- La afectación de un predio al servicio de otro (Art. 370 del CC).
- b- El principio *nemni res sua servit* (el fundo sirviente debe ser propiedad de un sujeto diferente al titular de la servidumbre).
- c- El principio *servitus servitutis esse non potest* (mediante el cual se limita la constitución de la servidumbre que tenga por objeto otra servidumbre).
- d- La inseparabilidad de las servidumbres del fundo al que activa o pasivamente pertenecen (Art. 371 del CC).
- e- La indivisibilidad de la servidumbre, toda vez que no se dividen en tantos derechos cuantos copropietarios (Art. 372 del CC).
- f- El principio *servitus in faciendo consist nequit* (la servidumbre no podría constituir en un hacer para el titular del fundo sirviente, con excepción de mantenerla en buen estado) (Art. 374 del CC).
- g- Relación de servicio y necesidad perenne.

Si bien un análisis sobre las servidumbres sobrepasa los alcances del presente trabajo, con lo dicho anteriormente, tal parece que el concepto jurídico de servidumbre no encaja de la mejor manera, cuando del tema de aceras se trata.

Piénsese, por ejemplo, cuando en función de los derechos fundamentales de una persona con discapacidad se impone, a un propietario de un establecimiento comercial, construir una acera que permita la accesibilidad de estas personas. Ciertamente ello no concuerda con lo dispuesto por el numeral 370 del CC, en cuanto dispone que las servidumbres no pueden imponerse a favor de una persona, sino solamente a favor de un fundo; o bien, tampoco parece ajustarse a lo dispuesto por el artículo 374 del CC, en tanto instituye que, quien tiene derecho a la servidumbre, tiene los medios para ejercerla pero a su costo.

Por otra parte tenemos que, de conformidad con el artículo 261 del Código Civil, las cosas públicas son aquellas que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, así como aquellas de las que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Sobre las características de este tipo de bienes, nuestra jurisprudencia constitucional ha señalado:

“[...] El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.- Son los llamados bienes dominicales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas o bienes

²⁷ Sobre el tema ver SÁNCHEZ BOZA (Ligia Roxana). Estudio de la jurisprudencia judicial y administrativa respecto de las servidumbres. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985, p. 109 a 110.

²⁸ Sobre estos temas véase SÁNCHEZ BOZA (Ligia Roxana), ibídem, p. 18 a 34.

públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres.- Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación.- En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa.- Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio.- Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad. [...]”²⁹.

Aunado a lo anterior, el 263 del CC reconoce que el uso y aprovechamiento de las cosas públicas se rige por los respectivos reglamentos administrativos. Es decir, el CC remite a la norma administrativa, sea, al derecho adminis-

trativo, como el marco regulatorio de este tipo de bienes, lo cual tiene trascendencia a la hora de determinar el tipo de normas que resultan aplicables así como la jurisdicción competente. De ahí que, en el tanto el bien objeto de estudio integre el dominio público, el marco regulatorio será aquel del derecho administrativo y la jurisdicción competente la contenciosa administrativa (ver Art. 2 y 34.2 del CPCA).

Ahora bien, ya hemos concluido que las aceras son vías públicas³⁰, la cuales son conceptualizadas por el Art. 4 de la Ley de Construcciones como terrenos de dominio público. El numeral 5 de esa Ley declara que estas vías son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y agrega que los derechos de tránsito, iluminación, vista, entre otros, se regirán por los reglamentos administrativos. El Art. 6 de la LC aclara que los permisos o concesiones que se otorguen no crearán derecho real ni acción posesoria, y serán siempre temporales y revocables. El artículo 7 de ese mismo cuerpo legal establece una presunción de demanialidad de las vías inscritas o señaladas como tales en documento idóneo³¹.

29 Sala Constitucional, voto N° 2306-91 de las 14:45 hrs. del 6 de noviembre de 1991.

30 Ver supra, el apartado titulado: Concepto de acera. ¿Son vías públicas?.

31 Existe un deber por parte de los registradores del Registro Público de distinguir calle pública de una mera calle de uso público la cual, por ese sólo hecho, no integra el dominio público: “[...] Los accesos indicados en los planos como ‘calle de uso público’, deben ser considerados diferentes a las calles públicas, ‘... pues éstas lo convierten en bien dominical, distinto al que esté en el uso público, lo cual hace referencia a situaciones de hecho y no de derecho’. // En ese mismo sentido, ‘... es menester aclarar que calle pública es aquella que ha cumplido con la normativa vigente y que ha sido visada y examinada por el INVU y aprobado por el Municipio, y no debe confundirse con los caminos que se han dejado al ‘uso público’ sin contar con el visado y examen del INVU y la aprobación de la municipalidad, estos últimos son la expresión viva, del desorden urbano que prevalece en la mayoría de los cantones de este país, ya que la Ley es clara al indicar que sólo se puede segregar frente a vías públicas, y al irrespetarse los conceptos y deducir que cualquier camino de ‘uso público’, sin normas de control urbano, se considera una calle pública, se viola la normativa vigente.’ // [...] // [...] Deberán los Registradores, en la calificación y los Jefes de Proceso, en la revocatoria de defectos; velar porque la información de los planos sometidos al proceso de inscripción respecto de la calidad o clasificación de los accesos no sea contradictoria; lo cual sería un impedimento para la registración de los documentos en estas condiciones, porque como se ha afirmado, no es lo mismo una calle pública, que una calle en uso público”. (El subrayado y resaltado son del original). Registro Nacional, Departamento Catastral Registral, Circular N° DCR-009-2007 del 8 de mayo de 2007.

De manera similar, el Art. 2 de la LGCP dispone que son propiedad del Estado todos los terrenos ocupados por carreteras y caminos públicos existentes o que se construyan en el futuro. Asimismo, el Art. 28 de la LGCP prohíbe al MOPT y a las Municipalidades otorgar permisos o derechos de ocupación, uso o posesión del derecho de vía de los caminos públicos, o ejercer actos que impliquen en cualquier forma tenencia de los mismos por parte de las personas. La norma agrega que quienes ejercieren tales actos sobre terrenos públicos al cuidado del MOPT o de las Municipalidades, deben ser desalojados administrativamente dentro de los siguientes quince días contados a partir de una previa prevención escrita.

Por su parte, el Art. 40 de la LPU deja claro que todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades y todo urbanizador deberá ceder gratuitamente al uso público las áreas destinadas a vías. Aspecto que es regulado, *inter alia*, por los numerales II.3., III.2.7.5, III.3.6.1, III.3.6.1.1, IV.3, IV.6 y VI.6.1 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones.

Adicionalmente, el Art. 44 señala que el dominio municipal sobre las áreas de calles, plazas, jardines, parques u otros espacios abiertos de uso público general, se constituye por ese mismo uso y puede prescindirse de su inscripción en el Registro de la Propiedad, si consta en el Mapa Oficial.

De conformidad con todo lo anterior, podemos concluir que las aceras no parecen caber dentro del concepto de servidumbre urbanística; por el contrario, consideramos que las aceras –como parte estructural de las vías públicas– son bienes que, por norma expresa, se integran al dominio público, ya sea mediante la cesión al uso público por

fraccionamiento o urbanización (Arts. 32 y 40 de la LPU y el RFU), o por haber sido reconocidas como vías públicas en documento idóneo (Art. 7 de la LC y 44 de la LPU). Siendo bienes de dominio público, las aceras gozan de las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tal condición les confiere.

Quedan a salvo los casos en que deban construirse aceras en terreno privado, en virtud de lo dispuesto por la L-7600; o bien las situaciones que se presentan por ensanchamiento de vía. En el siguiente capítulo, al analizar la responsabilidad por la construcción de aceras, nos referiremos a estas situaciones

1- Responsabilidad por construcción de aceras

Si bien el Reglamento de Construcciones y el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones ya regulaban la construcción de aceras –e incluso se establecía el deber de construir rampas en las esquinas (Art. III.2.11 del RFU)–, el deber de construir aceras ha recibido un importante empuje conminatorio a partir de la promulgación de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, potenciada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, según lo veremos en el presente capítulo.

A- Responsabilidad municipal de fiscalizar que las vías públicas cuenten con aceras y demás infraestructura que garantice la seguridad de las personas.

Existe una obligación de las Municipalidades de velar por la seguridad de las vías públicas ubicadas en su cantón. Esta responsabilidad deriva de la competencia que el artículo 169

de la COPOL le otorga a las corporaciones municipales para administrar los intereses y servicios locales, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional:

“[...] Esta Sala ha elaborado una basta jurisprudencia, en la que se ha invocado que: [...] [...] “...la potestad atribuida a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio sí integra el concepto constitucional de “intereses y servicios locales” a que hace referencia el artículo 169 de la Constitución (...)” (sentencia 5757-94). Así las cosas, la normativa constitucional encuentra desarrollo en la legislación vigente, (...) específicamente el artículo 1 de la Ley de Construcciones claramente determina que son las Municipalidades de la República las encargadas de que las ciudades y demás poblaciones reúnan las condiciones necesarias de seguridad, salubridad y belleza en sus vías públicas y en los edificios y construcciones que en terrenos de las mismas se levanten, sin perjuicio de las facultades que las leyes conceden en estas materias a otros órganos administrativos. Asimismo, el artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana reconoce la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional, y el artículo 13 inciso g) del Código Municipal señala que son

atribuciones del Concejo dictar las medidas de ordenamiento urbano. // VI.- Es claro entonces que forma parte de la tutela de los intereses y servicios locales -en los términos del artículo 169 constitucional- la obligación de la Municipalidad recurrida de velar por la adecuación de los caminos y las vías públicas a las normas de urbanismo, por lo que puede y debe promover todas las acciones y procedimientos que el ordenamiento establece con ese propósito, más aún en este asunto en que está de por medio la tutela de los derechos de las personas con discapacidad quienes requieren no solo circular libremente por las zonas públicas, sino también el poder hacerlo bajo condiciones de seguridad. Así las cosas, desde todo punto de vista se justifica la adopción de medidas particulares (...) a través de aceras que cumplan con los requisitos establecidos y que se encuentren en buenas condiciones así como también mediante la construcción de rampas de acceso a esas aceras; [...].”³² (Se agregó el subrayado).

Así, de la potestad municipal de planificar el desarrollo urbano, deviene su obligación de velar para que los caminos y vías públicas se adecúen a las normas urbanísticas. La Sala Constitucional ha dejado claro que esta obligación incluye velar para que existan aceras y, además, el resto de infraestructura necesaria que garantice la seguridad las personas:

32 Sala Constitucional, voto N° 1650-09 de las 11:41 del 6 de febrero de 2009. En cuanto a la competencia municipal de planificación del desarrollo urbano, como una derivación del concepto “intereses y servicios locales” referido en el 169 de la COPOL, el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente: “[...] Es incuestionable la competencia de los entes municipales para administrar los intereses y servicios locales de cada cantón, tal y como lo determina la misma Constitución Política en su artículo 169, otorgándole para tal efecto autonomía municipal (artículo 170 ibíd). Si bien es cierto el artículo 169 no define ni da mayores elementos de juicio como para extraer en forma definitiva lo que debe entenderse por “intereses y servicios locales”, ya la Sala en otras oportunidades ha dicho que se trata de un concepto jurídico indeterminado como lo son el de “orden público” o el de “buenas costumbres” por citar algunos que también la Constitución utiliza; sin embargo, la Sala también ha admitido que ‘...la potestad atribuida a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio sí integra el concepto constitucional de “intereses y servicios locales” a que hace referencia el artículo 169 de la Constitución (...)’ (sentencia 5757-94).” Sala Constitucional, voto N° 14850-06 de las 11:53 hrs. del 6 de octubre de 2006.

“[...] El deber antes mencionado, no sólo tiene asidero en lo dispuesto por la normativa que tutela específicamente los derechos de las personas con discapacidad, tal y como es el caso de la Ley 7600, sino además en la obligación de las municipalidades de velar por que las calles de su jurisdicción cuenten con la infraestructura necesaria para garantizar la seguridad de los habitantes del cantón, tales como aceras, cordones, caños y cunetas, y que además no existan sobre ellas obstáculos que puedan dificultar el tránsito de las personas, especialmente de aquellas que sufran algún tipo de discapacidad. Este deber es desarrollado por los artículos 75 incisos d) y g) y 76 del Código Municipal, los cuales a su vez otorgan a la Municipalidad una serie de potestades con el fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto por ellos, [...]”³³ (Se agregó el subrayado).

En virtud de lo anterior, la misma Sala Constitucional ha manifestado que las municipalidades no tienen que esperar que sea ciudadano quien señale dónde está la acera en mal estado, o en dónde se requiere construir una acera, pues es obligación de la Municipalidad fiscalizar y velar por el cumplimiento de la ley:

“[...] Conviene aclarar a los recurridos que no existe una obligación del amparado de informar cuales son los sitios en los que estima que la falta de aceras le genera un problema, esto, por cuanto la Municipalidad accionada no puede delegar en los administrados su obligación de fiscalizar y velar por el cumplimiento de la ley en los terrenos que forman parte de su jurisdicción. [...]”³⁴

Por otro lado, es importante observar que si bien es cierto la administración de la red vial nacional le corresponde al MOPT (Art. 1 de la LGCP), estimamos que ello no le resta responsabilidad a las Municipalidades, en cuanto a su obligación de velar por la seguridad de las vías públicas ubicadas en su circunscripción territorial, independientemente estas se encuentren clasificadas como vías nacionales o cantonales.

Como se indicó, el deber municipal de fiscalizar que las vías públicas cuenten con aceras y demás medidas que garanticen la seguridad de las personas –y se adecúen en general a las normas urbanísticas–, deriva de sus potestades en materia de desarrollo urbano, consagradas a nivel constitucional (Art. 169 de la COPOL). De ahí que los votos la Sala Constitucional, antes citados, no distinguen si se trata de vía nacional o cantonal, y refieren esta obligación municipal a todas las vías públicas, independientemente de su categorización.

Más aún, esta responsabilidad primaria de las Municipalidades es expresamente reconocida por el Art. 1° de la Ley de Construcciones, al disponer que: *“Las Municipalidades de la República son las encargadas de que las ciudades y demás poblaciones reúnan las condiciones necesarias de seguridad, salubridad, comodidad, y belleza en sus vías públicas [...]”*.

En el mismo sentido, obsérvese que la responsabilidad municipal de suplir la inacción del propietario, que no construye la respectiva acera frente a su propiedad –según

33 Sala Constitucional, voto N° 10096-08 de las 19:00 hrs. del 17 de junio de 2008, reiterado en voto N° 17644-08 de las 12:17 hrs. del 5 de diciembre de 2008.

34 Sala Constitucional, voto N° 10096-08 de las 19:00 hrs. del 17 de junio de 2008.

lo dispuesto por el artículo 75 del Código Municipal–, no distingue si trata de una vía nacional o cantonal, siendo de aplicación indiferentemente del tipo de vía frente a la cual se encuentre el respectivo predio. Por ello, la Procuraduría General de la República ha concluido lo siguiente:

“Apartir de las consideraciones antes expuestas en torno a la naturaleza de las aceras, estima este Órgano Asesor que para efectos de lo consultado, la diferenciación entre vía nacional y cantonal que efectúa la consultante en cuanto a la aplicación de los numerales 75 y 76 del Código Municipal no reviste un carácter trascendental que venga a imponer una diferenciación en punto a la obligación de construir y dar mantenimiento a las aceras por parte de los particulares, así como el cobro multas en caso de incumplimiento por parte de las municipalidades, [...]. // [...] // Tal y como se indica, las obligaciones establecidas en el numeral 75 de repetida cita refieren a la implementación de medidas de salubridad, seguridad, comodidad y ornato derivada de la competencia municipal en materia de planificación urbana, de forma tal que, no interesa para los efectos de la presente consulta, determinar si la construcción de la acera de que se trate se hará en relación a una vía nacional o cantonal, toda vez que el deber se impone en atención a reglas de planificación urbana y en relación con la titularidad del inmueble que tiene frente a la vía pública, materia sobre la cual, el ente municipal posee competencia para fiscalizar en su ámbito local. // [...] // CONCLUSIONES // [...] // 4. Por consiguiente, en relación a la construcción de aceras, no interesa determinar si se deben efectuar en colindancia con una vía nacional

35 Procuraduría General de la República, dictamen N° C-243-09 del 3 de septiembre de 2009.

o cantonal, toda vez que el deber se impone al propietario o poseedor en atención a reglas de planificación urbana, materia sobre la cual, el ente municipal posee competencia para fiscalizar en su ámbito local.”³⁵ (Se agregó el subrayado).

La misma posición ha sido sostenida por la Sala Constitucional, que en el voto N° 5051-07 evidenció cómo, aún y cuando un predio colinde con la red vial nacional, es obligación de la Municipalidad velar para que su propietario construya la respectiva acera y, en caso de que no lo hiciera, proceder entonces a suplir la omisión y aplicar las multas respectivas“[...] No es atendible tampoco el argumento de que no se cuenta con presupuesto para hacer la expropiación del terreno porque no se cuenta con contenido presupuestario para ello, o que le corresponde al MOPT velar por la construcción de la acera en el sector oeste del lote porque colinda con Red Vial Nacional. Lo cierto es que el artículo 75 del Código dota del instrumento para que la Municipalidad ejerza acciones pertinentes para solventar esta omisión incluso aperciendo a los propietarios de los terrenos en cuestión, y en la especie, no se observa que este ente haya efectuado gestión alguna tendiente a procurar la construcción pronta de las aceras en el sector este y oeste del terreno mencionado, por lo que está no sólo discriminando abiertamente al accionante, quien sufre de una discapacidad, sino a todos aquellos transeúntes que se ven expuestos a un inminente peligro al tener que movilizarse por un espacio en donde se pone en peligro su vida o su salud. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso y ordenar que se aperciba de forma inmediata a los propietarios o poseedores de los terrenos

del terreno ubicado doscientos metros al norte de la Rotonda de Paso Ancho, que den inicio a la construcción de las aceras este y oeste frente a su propiedad, ajustando las obras a las especificaciones contenidas en la Ley N°7600 y su reglamento. Lo anterior, sin perjuicio de que en caso de omisión del propietario o poseedor de cumplir con las obligaciones señaladas, la Municipalidad de San José supla los trabajos, y aplique las multas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 y 76 del Código Municipal. En cuanto al Ministerio de Obras Públicas y Transportes debe desestimarse el recurso.”³⁶

En consecuencia, existe una responsabilidad primaria de las Municipalidad de fiscalizar la existencia de aceras en las vías públicas de su localidad, independientemente se trate de carreteras pertenecientes a la red vial nacional o cantonal. En virtud de ello, resulta interesante referirnos a la responsabilidad de construir aceras en carreteras de acceso restringido, a lo cual dedicaremos el siguiente apartado.

B- Responsabilidad de construir aceras en carreteras de acceso restringido: El caso de las paradas de bus en las “autopistas”

Las llamadas “autopistas”³⁷ de nuestro país, son consideradas como carreteras de acceso restringido. En este tipo de vías la Ley de Tránsito es sumamente contradictoria, pues

por un lado su artículo 106 prohíbe a los peatones transitar por las carreteras de acceso restringido; pero, por otro lado, el Art. 235.19 de esa misma Ley reconoce la posibilidad de ingreso y salida de peatones a las carreteras de acceso restringido³⁸.

Lo cierto es que, en la práctica, es constante el acceso de peatones a las carreteras de acceso restringido, y muchas veces se explica por el hecho de que es el propio Estado quien ha establecido y permitido paradas de autobuses en este tipo de carreteras; ello a pesar de que el numeral 98.a.3 de la Ley de Tránsito prohíbe a los microbuses, busetas y autobuses “recoger o bajar pasajeros en las carreteras de acceso restringido”.

Efectivamente, nuestras “autopistas”, son un ejemplo constante de este tipo de paradas. Basta viajar de San José a Alajuela por la “autopista” General Cañas para observar como existe una parada de buses en las cercanías del Centro Comercial Real Cariari, poco antes de la salida de la autopista al Puente Orlich. En esa misma ruta, pocos kilómetros adelante, tenemos también una parada de buses frente al sector conocido como la Firestone (en el carril San José – Alajuela). En ambos casos, estas paradas ni siquiera cuentan con bahía.

Igualmente, en la “autopista” Próspero Fernández, en dirección San José y Ciudad Colón, poco antes de la salida de la pista hacia Guachipelín de Escazú, existe una parada de

36 Sala Constitucional, voto N° 5051-07 de las 15:27 del 13 de abril de 2007

37 Según el numeral 235.7 de la Ley de Tránsito, una autopista es una: “Carretera de acceso restringido de cuatro o más carriles de circulación, con isla central divisoria o sin ella

38 El artículo 235.19 de la Ley de Tránsito define carretera de acceso restringido como: “Carretera a la cual, por disposición del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, sólo se permite el acceso o la salida de vehículos y peatones en determinadas intersecciones con otros caminos públicos. Se clasificarán como tales las carreteras en las cuales se determine que, por razones de capacidad o seguridad, sea conveniente limitar el acceso o la salida de los vehículos.”. Sobre este numeral, ver lo indicado en la nota 4.

autobús –que parece más de facto que de *iure*– sin que se hayan construido las bahías y demás mecanismos de seguridad para peatones que la utilizan, ni para los vehículos que viajan en esa ruta.

Siendo que el mismo Estado es el que ha autorizado –o tolerado– estas paradas de buses en carreteras de acceso restringido (muchas de ellas sin la correspondiente bahía), tenemos entonces que es la propia Administración la que ha puesto a los peatones en la necesidad de transitar por ese tipo de “autopistas”, en busca de su respectiva parada del bus. Por tal razón, se requiere de las aceras, bahías, y demás mecanismos de seguridad que garantice a los peatones un tránsito seguro, en dirección hacia o desde tales paradas de bus.

Ante ello, vale preguntarse si garantizar la seguridad de los peatones que utilizan esas paradas de buses en las “autopistas” es competencia del MOPT, o es responsabilidad de la Municipalidad del Cantón por donde cruza el respectivo tramo de autopista.

Por un lado, el Art. 3 de la LGCP dispone que en carreteras nacionales el MOPT asume “*los derechos y obligaciones correspondientes a las Municipalidades*”, sin embargo, recordemos que las Municipalidades tienen una responsabilidad constitucional en la planificación del desarrollo urbano, con el consiguiente deber de garantizar la seguridad de los habitantes en las vías públicas de su cantón, conforme se deriva de lo dispuesto por los artículos 169 de la COPOL, 1° de la

LC, 15 de la LPU y 13.o del CM, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en la materia³⁹, según se expuso en el apartado anterior.

De ahí que, en nuestro criterio, con fundamento en el poder-deber constitucional de las Municipalidades en materia de planificación urbana, consideramos que estas corporaciones son las primeras llamadas a fiscalizar la existencia de aceras –y, en su caso, a construir las–, en aquellos tramos de autopistas y otras carreteras de acceso restringido, donde sean necesarias para la seguridad de los vecinos (como ocurre cuando, por ejemplo, las personas deben caminar a la orilla de una autopista –o cruzarla– para llegar hasta la parada del bus).

Ello, claro está, sin perjuicio de que la Municipalidad –en ejercicio de estas potestades constitucionales de control urbano– lleve a cabo acciones efectivas ante el MOPT, para evitar que se autoricen paradas de bus en autopistas y otros lugares, que signifiquen poner en peligro la seguridad de los usuarios de esas paradas.

Asimismo, aprovechando la consulta previa que debe realizar el MOPT a la Municipalidad según el Art. 3 de la LGCP –y de conformidad con las potestades municipales en materia de fiscalización urbana–, consideramos que las Municipalidades tienen el deber de exigir al MOPT –o a sus concesionarios y contratistas– la construcción de aceras y otros elementos de seguridad peatonal, de previo a permitir la construcción o ampliación de este tipo de vías en su cantón.

C- La responsabilidad de los particulares de construir aceras, conforme el Código Municipal y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad

Según ya lo hemos apuntado, a las Municipalidades les corresponde velar para que las vías públicas de su circunscripción territorial reúnan las condiciones necesarias de seguridad, salubridad, comodidad y belleza (Art. 1 de la LC). Ahora bien, esta responsabilidad Municipal se encuentra indisolublemente vinculada a la obligación de toda persona física y jurídica que ejercen sus actividades en determinado cantón, de colaborar también con tales objetivos (los cuales redundan en su propio beneficio).

Es por ello que el Art. 75 del Código Municipal establece una serie de obligaciones de las personas físicas o jurídicas, propietarias o poseedoras de bienes inmuebles, en relación con la construcción, cuidado y mantenimiento de las aceras. Más aún, ante la inacción de los propietarios o poseedores, es responsabilidad municipal suplir tales omisiones, a cosa aquellos, tal cual lo señala la referida norma:

“Artículo 75. — De conformidad con el Plan Regulador Municipal, las personas físicas o jurídicas, propietarias o poseedoras, por cualquier título, de bienes inmuebles, deberán cumplir las siguientes obligaciones: // a) Limpiar la vegetación de sus predios ubicados a orillas de las vías públicas y recortar la que perjudique o dificulte el paso de las personas. // [...] // [...] // d) Construir las aceras frente a sus propiedades y darles mantenimiento. // e) Remover objetos, materiales o similares de las aceras o los predios de su propiedad que contaminen el ambiente u obstaculicen el paso. // [...] // g) Abstenerse de obstaculizar el

paso por las aceras con gradas de acceso a viviendas, retenes, cadenas, rótulos, materiales de construcción o artefactos de seguridad en entradas de garajes. Cuando por urgencia o imposibilidad de espacio físico deben colocarse materiales de construcción en las aceras, deberá utilizarse equipos adecuados de depósito. La municipalidad podrá adquirirlos para arrendarlos a los munícipes. // h) Instalar bajantes y canoas para recoger las aguas pluviales de las edificaciones, cuyas paredes externas colinden inmediatamente con la vía pública. // [...] // j) Garantizar adecuadamente la seguridad, la limpieza y el mantenimiento de propiedades, cuando se afecten las vías o propiedades públicas o a terceros relacionados con ellas. // [...] // Salvo lo ordenado en la Ley General de Salud, cuando los munícipes incumplan las obligaciones anteriores, la municipalidad está facultada para suplir la omisión de esos deberes, realizando en forma directa las obras o prestando los servicios correspondientes. Por los trabajos ejecutados, la municipalidad cobrará, al propietario o poseedor del inmueble, el costo efectivo del servicio o la obra. El munícipe deberá reembolsar el costo efectivo en el plazo máximo de ocho días hábiles; de lo contrario, deberá cancelar por concepto de multa un cincuenta por ciento (50%) del valor de la obra o el servicio, sin perjuicio del cobro de los intereses moratorios. // [...] // Cuando se trate de las omisiones incluidas en el párrafo tras anterior de este artículo y la municipalidad haya conocido por cualquier medio la situación de peligro, la municipalidad está obligada a suplir la inacción del propietario, previa prevención al munícipe conforme al debido proceso y sin perjuicio de cobrar el precio indicado en el párrafo anterior. Si la municipalidad no la suple y por la omisión se causa daño a la salud, la integridad física o el patrimonio de terceros, el funcionario municipal omiso será

39 Ver los votos citados a la altura de las notas 32 y 33

responsable, solidariamente con el propietario o poseedor del inmueble, por los daños y perjuicios causados.⁴⁰

El artículo 75 del CM antes citado, menciona que tales obligaciones serán: “[...] de conformidad con el Plan Regulador Municipal [...]”. Esta frase ha llevado al Tribunal Contencioso Administrativo, sección III, a considerar que: “[...] El artículo 75 inciso d) del Código Municipal, que obliga a los propietarios de los inmuebles a construir aceras, solo puede exigirse cuando haya Plan Regulador, [...]”.⁴¹

Sin embargo, ante lo dicho por el Tribunal, es preciso recordar que el Transitorio IV del CM dispone lo siguiente: “Las municipalidades que a la fecha no cuenten con un Plan Regulador, podrán aplicar lo ordenado en los artículos 75 y 76 del Código Municipal, mientras concluyen la ejecución del Plan, según las áreas urbanas o los cuadrantes urbanos que haya definido la municipalidad por medio del Concejo Municipal, por votación de sus dos terceras partes.”⁴²

Por tal razón, consideramos que los artículos 75 y 76 del CM resultan de aplicación, aún y cuando no se cuente con un Plan Regulador. Más aún, considerando que dicha obligación ya se encontraba en el Reglamento de Construcciones, que en su Art. IV.4.1. estipula: “Es obligación del propietario construir aceras, o reconstruir las existentes, frente a edificios

y otras obras que se hayan efectuado en propiedades particulares; [...]”⁴³.

De esta forma, existe una obligación de los propietarios –o poseedores– de bienes inmuebles en un cantón, de construir las aceras frente a sus propiedades, así como es deber de las Municipalidades fiscalizar que se cumpla con tal obligación, como bien lo ha reconocido la Sala Constitucional:

“[...] La construcción de las aceras es primordialmente obligación de los propietarios de los distintos inmuebles, pero corresponde a las municipalidades fiscalizar que se cumpla ese deber, y eventualmente sustituir a los dueños, para luego recuperar esos montos. [...] [...]”

Se estima el amparo, ordenando a los accionados, de forma inmediata, iniciar los trabajos para solucionar el problema generado por la falta de aceras en el barrio Monte Carlo en la Emilia, Guápiles de Pococí, en la zona que le corresponda a la Municipalidad y, en las que correspondiere a propietarios o poseedores de bienes inmuebles los aperciba para que inicien las obras necesarias en la acera frente a sus propiedades, ajustando las obras a las especificaciones contenidas en la Ley #7600 y su reglamento. Lo anterior, sin perjuicio de que en caso de omisión del propietario o poseedor respectivo de cumplir las obligaciones señaladas, la Municipalidad de supla los trabajos y aplique las multas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 y 76 del Código Municipal.⁴⁴ (Se agregó el subrayado).

40 Código Municipal, Art. 75; según fuera reformado por el artículo 1 de la Ley N° 7898 del 11 de agosto de 1999

41 Tribunal Contencioso Administrativo - Sección III, RSL N° 311-2005 de las 10:40 hrs. del 21 de septiembre de 2005

42 No obstante ya existir un transitorio IV en el CM, mediante el artículo 2° inciso b) de la Ley N° 7898 del 11 de agosto de 1999, se adiciona nuevamente este artículo

43 Ver cita íntegra de este numeral supra, en la nota 17

44 Sala Constitucional, voto N° 17644-08 de las 12:17 hrs. del 5 de diciembre de 2008

Precisamente, la Sala Constitucional ha resaltado el poder-deber que tienen las corporaciones municipales de exigir el cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 75 del CM y, en caso contrario, aplicar las sanciones estipuladas por el 76 de ese mismo Código:

“[...] Este Tribunal ha reconocido en reiteradas ocasiones la potestad que tiene el ente municipal de exigir a los propietarios el cumplimiento de dicha normativa (véase la resolución 2006-014850, de las 11:53 horas del 6 de octubre de 2006). En el caso que nos ocupa, se advierte que la Municipalidad ha tenido pleno conocimiento de la inexistencia de aceras en el inmueble en cuestión y, a pesar de contar con el instrumento legal para obligar al propietario del mismo a construir la acera, no ha mostrado interés en resolver el problema, actuando con inercia. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso y ordenar que se aperciba de forma inmediata a los propietarios que corresponda, a fin que construyan las aceras faltantes. Lo anterior, sin perjuicio de que en caso de omisión del propietario o poseedor de cumplir con las obligaciones señaladas, la Municipalidad de

San José supla los trabajos, y aplique las multas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 y 76 del Código Municipal. // [...] // [...] Si se observa inercia por parte del ente recurrido en tanto no ha ejercido las herramientas existentes para exigir la construcción del caño y la acera faltantes. [...]”⁴⁵ (Se agregó el subrayado).

Adicionalmente, obsérvese que el Art. 75 del CM establece una responsabilidad solidaria para el funcionario municipal, que no suple la inacción de los propietarios que omiten construir las respectivas aceras, cuando esto cause un daño a la salud, a la integridad física o al patrimonio de terceros.⁴⁶

Con la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y su Reglamento, amparadas en la Constitución Política y convenios internacionales⁴⁷, el tema de la construcción de aceras se ha visto potenciado, al ser vinculado al derecho humano fundamental de garantizar la igualdad de las personas con discapacidad. Al respecto la Sala Constitucional ha emitido abundante jurisprudencia:

45 Sala Constitucional, voto N° 9591-09 de las 17:56 hrs. del 18 de junio de 2009

46 Esta responsabilidad solidaria ha sido resaltada por la Sala Constitucional: “[...] El inciso d) del artículo 75 del Código Municipal establece la obligación de los propietarios o poseedores de bienes inmuebles de construir las aceras frente a sus propiedades y darles mantenimiento. Asimismo, el mismo numeral prevé que en caso de omisión del propietario o poseedor de cumplir con las obligaciones señaladas, sea la propia municipalidad la que supla los trabajos. Si la municipalidad no la suple y por la omisión se causa daño a la salud, la integridad física o el patrimonio de terceros, el funcionario municipal omiso será responsable, solidariamente con el propietario o poseedor del inmueble, por los daños y perjuicios causados. [...]”. Sala Constitucional, voto N° 14850-06 de las 11:53 hrs. del 6 de octubre de 2006

47 En cuanto a la normativa supranacional que informa esta materia, la Sala Constitucional ha señalado lo siguiente: “[...] La “Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, aprobada por la Asamblea Legislativa por ley N°7948 y la “Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, N°7600, así como las “Normas Uniformes para la equiparación de Oportunidades de las personas con discapacidad” consisten en la piedra angular de protección de los derechos de las personas con discapacidad.” Sala Constitucional, voto N° 15751-05 de las 10:28 hrs. del 17 de noviembre de 2005, reiterado por voto N° 10096-08 de las 19:00 hrs. del 17 de junio de 2008 y el voto N° 17644-08 de las 12:17 hrs. del 5 de diciembre de 2008.

“[...] Existe un deber genérico de todos los entes y órganos que conforman la Administración, incluidas las municipalidades, de garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, mediante la eliminación de cualquier tipo de barreras, que puedan impedir el ingreso total de estas personas a la sociedad. En el caso específico de las municipalidades una de las obligaciones que se derivan de lo dicho anteriormente, consiste en eliminar cualquier tipo de barrera física en las calles de su cantón, que limite el tránsito de las personas con discapacidad que habiten o simplemente transiten por su jurisdicción. Este deber, es desarrollado por la Ley 7600 en su artículo 41, y por el Reglamento a la citada ley, en sus artículos 103, 125 y 126, [...] // [...] // [...] Del propio dicho de los recurridos se deduce que en varios sectores del Barrio San Martín no existen aceras, situación que constituye una violación no sólo a los derechos del amparado, sino también a la obligación de la Municipalidad recurrida de velar porque las calles del cantón cuenten con la infraestructura necesaria para garantizar el libre tránsito de las personas con discapacidad, tal y como lo dispone la Ley 7600 y el Código Municipal.”⁴⁸ (Se agregó el subrayado).

Por tales razones, resulta evidente que si se ha dado una negligencia del Estado (...)

ordenándose al Alcalde Municipal (...) que adopte las medidas que sean necesarias para que la comunidad (...) cuente con aceras y rampas de acceso a las mismas que le garanticen a la población con discapacidad, su derecho al libre tránsito así como que el ejercicio de este derecho se realice de la mejor manera posible. (...) El ingreso a los edificios, las condiciones en que se encuentren las aceras y la existencia misma de aceras, entre otras cosas de la vida cotidiana, deben garantizar a toda la población con discapacidad, el libre acceso y por ello el Estado no solo debe pensar en rampas de acceso o ascensores o aceras libres sino también debe tomarse en cuenta que la libre circulación y el acceso a los edificios, calles, servicios públicos, entre otros, debe garantizarse a toda la población con discapacidad.

Desde cualquier punto de vista, admitir lo contrario se traduce en una violación a la igualdad de oportunidades que tienen éstas personas como parte de la sociedad. Situaciones así no hacen más que negarle a esta población la posibilidad de insertarse en la sociedad de manera natural y realizar sus actividades de forma adecuada(..) (Sentencia N° 2004-04648 de las doce horas veintiséis minutos del treinta de abril del dos mil cuatro).⁴⁹ (Se agregó el subrayado).

48 Sala Constitucional, voto N° 10096-08 de las 19:00 hrs. del 17 de junio de 2008, reiterado en voto N° 17644-08 de las 12:17 hrs. del 5 de diciembre de 2008. En similar sentido ese Tribunal Constitucional ha señalado que: “[...] La Ley 7600 establece una responsabilidad genérica para el Estado, que se traduce, en el deber que tienen todos los entes y órganos que conforman la Administración, incluidas las municipalidades, de cumplir con los objetivos que en dicha normativa se establecen, y que a groso modo se resumen en el garantizar la igualdad de oportunidades de la población costarricense discapacitada y en lograr su acceso a la vida social eliminando cualquier tipo de discriminación contra sus discapacidades, a través de un proceso de ajuste del entorno, los servicios, las actividades, la información, los documentos, etcétera. Esta obligación se manifiesta también, en el deber de los entes municipales de garantizar que sus bienes sean utilizables por las personas que tengan alguna discapacidad, por lo que es la propia municipalidad la que debe de llevar a cabo de manera rápida los ajustes necesarios para eliminar cualquier obstáculo que impida a esta población desplazarse y tener así una vida independiente.” Sala Constitucional, voto N° 15751-05 de las 10:28 hrs. del 17 de noviembre de 2005

49 Sala Constitucional, voto N° 1650-09 de las 11:41 del 6 de febrero de 2009

Con lo dicho hasta ahora, es claro que existe una obligación de toda persona, física o jurídica, de construir las aceras frente a su propiedad. *Contrario sensu*, no dentro de la propiedad del respectivo munícipe.

Lo anterior tiene relación con lo que hemos señalado en los capítulos precedentes, en cuanto a la concepción de las aceras como aquella parte de la vía pública reservada al tránsito peatonal⁵⁰, integrante del derecho de vía⁵¹ y con una naturaleza demanial⁵². Dicha condición viene dada desde que la vía se integra al dominio público, ya sea por cesión al uso público por razón de fraccionamiento o urbanización, según los numerales 32 y 40 de la LPU y lo dispuesto por el RFU⁵³; o por haber sido reconocidas como vías públicas en documento idóneo, conforme lo dispuesto por el Art. 7 de la LC y 44 de la LPU.

De ahí que, cobra especial relevancia para el propietario la verificación del límite de la propiedad, así como su alineamiento –conforme a lo dispuesto por el Art. 18 de la Ley de Construcciones–, de tal manera que la acera se construya precisamente en la vía pública (terreno demanial) y no en su propiedad.

Es por ello que, cuando se realicen proyectos de ensanchamiento de vías, estos deben contemplar la respectiva acera, pues su construcción resulta inexcusable, dada la obligación del Estado –y especialmente de las

municipalidades– de garantizar la seguridad, salubridad, comodidad y belleza de las vías públicas (Art. 1 de la LC).⁵⁴

Es por ello que un proyecto de ensanchamiento de vía no puede limitarse a una mera ampliación de la calzada⁵⁵, sino que debe prever y conllevar la construcción de la respectiva acera, en el espacio de dominio público destinado para ello.

Si lo que se hace es un ensanchamiento de calzada, llevándola hasta el límite de las propiedades colindantes –de tal manera que no queda espacio de la vía pública para la construcción de las aceras–, estimamos que resulta necesario, entonces, que la respectiva municipalidad proceda a la expropiación del terreno adyacente a la calzada, en el área que resulte necesaria para construir la respectiva acera. Ello en virtud de la naturaleza y el uso público al que son destinadas las aceras, según se ha analizado en el presente trabajo

Tal expropiación es particularmente necesaria si se trata de terrenos destinados a uso residencial, donde el ensanchamiento de la calzada ha alcanzado el límite de la propiedad privada y no se ha dejado espacio previsto de la vía pública para la construcción de la respectiva acera.

Sin embargo, la situación es distinta cuando el terreno colindante se encuentra destinado a actividades que impliquen

50 Ver el apartado titulado: Concepto de acera ¿Son vías públicas?

51 Ver supra, a la altura de la nota 7 y siguientes

52 En cuanto a la naturaleza demanial de las aceras, véase lo expuesto en el capítulo titulado: Naturaleza jurídica de las aceras: ¿Son bienes de dominio público o servidumbres urbanas?

53 Particularmente los Arts. II.3., III.2.7.5, III.3.6.1, III.3.6.1.1, IV.3, IV.6 y VI.6.1 del RFU

54 Al respecto, véase el apartado titulado: Responsabilidad municipal de fiscalizar que las vías públicas cuenten con aceras y demás infraestructura que garantice la seguridad de las personas

55 Entendemos calzada como: “[...] La franja comprendida entre cordones, cunetas o zanjas de drenaje, destinada al tránsito de vehículos.”. RFU, Art. 4

conurrencia y brinden atención al público, independientemente pertenezcan a personas públicas o privadas.

Ello por cuanto toda persona –pública o privada– que posea un inmueble donde se realicen actividades que impliquen concurrencia y brinden atención al público, se encuentra obligada a construir las aceras, rampas y demás infraestructura necesaria que garantice el acceso de las personas con discapacidad. Lo anterior con fundamento en lo dispuesto por los numerales 41, 54 y Transitorios II y V de la L-7600 y los artículos 1, 104 y 125 del RL-7600.

Precisamente, la Sala Constitucional ha reconocido la gran importancia que tiene esa obligación de todos propietarios –de lugares de acceso público– de ajustar sus construcciones a las exigencias de la población discapacitada. El Tribunal Constitucional deja claro que esa obligación implica, entre otras cosas, la construcción de las respectivas aceras; para lo cual, considera el Transitorio II de la L-7600 otorgó tiempo más que suficiente. El respecto podemos citar el voto N° 1650-09, donde se indicó lo siguiente:

“[...] Los propietarios de locales con atención al público, deben velar porque éstos se adecúen a las exigencias de la población discapacitada. Ello implica que debe existir un compromiso individual e institucional para respetar esos derechos. [...]. [...] Indica además que hay muchos locales en las mismas condiciones en cuanto al ancho de las aceras y que no sería justo que se vean en la obligación de demoler costosas construcciones en aplicación retroactiva de la ley 7600. Tales argumentos no son de recibo. Nótese que esta Sala no ha estimado aceptables estas argumentaciones en precedentes de similar tesis, resolución

2008-005694 de las trece horas y diez minutos del once de abril del dos mil ocho, en el que estimó: “(...) El Comité aludido, pretendió justificar la situación, escudándose en dos argumentos. En primera instancia, adujo que el edificio en cuestión fue construido antes de la entrada en vigencia de la Ley 7600 y, además, que no poseen contenido presupuestario alguno para realizar las obras. Sin embargo, ninguno de tales alegatos es admisible, dado que, el citado cuerpo normativo, en su segundo transitorio, estableció lo siguiente: “Transitorio II.- El espacio físico construido, sea de propiedad pública o privada, que implique concurrencia o atención al público, deberá ser modificado en un plazo no mayor a diez años a partir de la vigencia de esta ley (...)” Adicional a ello, se ha verificado, que el artículo 41 de la ley 7600 expone: Artículo 41: Especificaciones técnicas reglamentarias Las construcciones nuevas, ampliaciones o remodelaciones de edificios, parques, aceras, jardines, plazas, vías, servicios sanitarios y otros espacios de propiedad pública, deberán efectuarse conforme a las especificaciones técnicas reglamentarias de los organismos públicos y privados encargados de la materia. Las edificaciones privadas que impliquen concurrencia y brinden atención al público deberán contar con las mismas características establecidas en el párrafo anterior. (...)” (El subrayado no es del original). Sobre el artículo 41 de la ley de rito, esta Sala ha estimado en resolución 2007-015236 que: “(...) resulta claro que, el incumplimiento de esas disposiciones, sea por parte del Estado o de los particulares, implica una vulneración a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. (...)” De igual manera el artículo 104 del reglamento expone: “(...) Principios de accesibilidad. Los principios, especificaciones técnicas y otras adaptaciones técnicas de acuerdo a la discapacidad, establecidos en el presente Reglamento se

aplicarán para las construcciones nuevas, ampliaciones, remodelaciones de edificios, parques, aceras, jardines, plazas, vías u otras edificaciones públicas y privadas que brinden servicios al público, los programas de vivienda financiados con fondos públicos y los servicios de transporte público y privado que rigen en el territorio nacional.(...)” . [...].”⁵⁶

Por tal razón, estimamos que –cuando se amplía la calzada de tal forma que abarca todo el terreno de la vía pública y no se previeron las respectivas aceras–, no se requiere la expropiación de los terrenos colindantes con el fin de construir tales aceras, siempre que se trate de terrenos donde se realizan actividades que implican atención al público (sean estas instituciones públicas, locales comerciales, centros de oficinas e instalaciones fabriles, entre otras); lo anterior por cuanto estas instalaciones se encuentran *per se* obligadas a

contar con las aceras y demás infraestructura necesaria para garantizar la accesibilidad a las personas con discapacidad.⁵⁷

CONCLUSIÓN

Mediante el presente trabajo hemos querido llamar la atención respecto de las aceras y su importancia, como parte integrante y vital de las vías públicas, muchas veces olvidadas por las entidades competentes en la materia.

Junto con la calzada y las franjas verdes, las aceras comparten el derecho de vía, y se encuentran destinadas al tránsito peatonal. Por ello, salvo casos excepcionales, estas no se construyen en fundos privados, ni constituyen una afectación de un previo al servicio de otro. Se trata de infraestructura que es parte la vía pública, construidas en

56 Sala Constitucional, voto N° 1650-09 de las 11:41 del 6 de febrero de 2009. En cuanto a la razonabilidad de los plazos estipulados en la L-7600, la Sala Constitucional ha agregado lo siguiente: “[...] La Sala ha estimado que los plazos contenidos en las disposiciones transitorias de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N°7600, no son irrazonables ni desproporcionadas, sino que son necesarias, idóneas y proporcionales para lograr un fin constitucionalmente legítimo, que es contribuir a que las personas con discapacidad disfruten de una igualdad real, y no meramente formal, pudiendo acceder en iguales condiciones que los demás ciudadanos, a servicios públicos de educación, salud, transporte y alcanzar un grado de inserción social que les permita desarrollar sus potencialidades y tener una existencia digna. En esas condiciones, y dado que el plazo dispuesto en las disposiciones transitorias contenidas en la Ley N° 7600 y reglamento, para la ejecución de las obligaciones señaladas han transcurrido sobradamente, el recurso debe ser declarado con lugar, ordenando a los alcaldes recurridos que de forma inmediata, inicien la construcción de nuevas aceras, y realicen las reparaciones necesarias que se requieran en las que ya existen, ajustando las obras a las especificaciones contenidas en la Ley N°7600 y su reglamento. Lo anterior, sin perjuicio de que posteriormente apliquen las disposiciones que establecen los artículos 75 y 76 del Código Municipal.”. Sala Constitucional, voto N° 14850-06 de las 11:53 hrs. del 6 de octubre de 2006

57 Adicional a lo citado supra, la Sala Constitucional ha agregado lo siguiente: “[...] En múltiples ocasiones, la Sala se ha referido a la protección especial que merecen las personas discapacitadas, en los términos del artículo 51 constitucional. [...] / Asimismo, en la sentencia N°2000-2305 de las 15:18 hrs. de 15 de marzo de 2000, la Sala indicó: / “...A juicio de este Tribunal, la tutela efectiva de los derechos de las personas discapacitadas consagrados constitucionalmente, es uno de los medios por los cuales este grupo de población puede tener una vida lo más independiente y normal posible, de manera que su integración a la sociedad sea plena. Es claro que uno de ellos consiste en que la infraestructura de los edificios, especialmente aquellos en que se brinden servicios públicos, tengan previstas facilidades para el acceso de las personas discapacitadas. Tratándose de la administración de justicia, el ágil acceso al servicio es trascendental para este grupo de personas, pues de ello depende que puedan exigir el respeto a los derechos que tienen como ciudadanos y denunciar si han sido objeto de algún tipo de discriminación. Es por ello que la obligación del Estado y de la sociedad en general, consiste en eliminar progresivamente las “barreras arquitectónicas” que les dificultan o impiden el acceso a estos servicios...”. Sala Constitucional, voto N° 14850-06 de las 11:53 hrs. del 6 de octubre de 2006

terrenos de dominio público, o que pasan a integrar el demanio conforme los distintos procesos de fraccionamiento y urbanización. De ahí su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Las Municipalidades tienen respecto de las aceras una responsabilidad prioritaria, como derivación de sus potestades en materia de desarrollo urbano; y por ello se encuentran obligadas a fiscalizar que estas reúnan condiciones de seguridad, salubridad, comodidad y belleza.

Esta fiscalización municipal se encuentra correlacionada con la obligación de toda persona de construir, cuidar y mantener las aceras frente a sus propiedades; caso contrario, la Municipalidad debe suplir tal omisión y proceder con los cobros y sanciones correspondientes.

La correcta construcción y adecuado mantenimiento de las aceras debe permitir

un tránsito de las personas de manera libre y segura, posibilitando que todos puedan cubrir sus necesidades de desplazamiento, sin discriminación alguna. De ahí que, contar con aceras en buen estado, de un ancho determinado y sin obstáculos, se encuentra especialmente vinculado al derecho fundamental de garantizar la igualdad de las personas con discapacidad; razón por la cual este tema ha adquirido una especial y necesaria relevancia en nuestro país.

En fin, queda mucho por hacer en materia de aceras, especialmente en un país donde se requiere de un importante esfuerzo para que la infraestructura vial pueda enfrentar las necesidades que demanda la sociedad actual. Por ello, hemos procurado ofrecer un análisis de las herramientas jurídicas para, desde esta perspectiva, brindar un pequeño aporte, para que las vías de nuestro país cuenten con las aceras que garanticen un tránsito libre y seguro para todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa

Código Civil, Ley N° 63 del 28 de septiembre de 1887.

Código Municipal, Ley N° 7794 del 30 de abril de 1998.

Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley N° 8508 del 28 de abril de 2006.

Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.

Ley de Construcciones, Decreto-Ley N° 833 del 2 de noviembre de 1949.

Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Ley N° 7600 del 2 de mayo de 1996.

Ley de Planificación Urbana, Ley N° 4240 del 15 de noviembre de 1968.

Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, Ley N° 7331 del 13 de abril de 1993.

Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, Ley N° 7933 del 28 de octubre de 1999.

Ley General de Caminos Públicos, Ley N° 5060 del 22 de agosto de 1972.

Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978.

Reglamento a la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, Decreto Ejecutivo N° 26831 del 20 de abril de 1998.

Reglamento a la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, Decreto Ejecutivo N° 32303-MIVAH-MEIC-TUR del 2 de marzo de 2005.

Reglamento de Construcciones. Aprobado por el INVU y Publicado en el Alcance N° 17 a La Gaceta N° 56 del 22 de marzo de 1983.

Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones. Aprobado por el INVU en sesión 3391 del 13 de diciembre de 1982.

Libros

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

Diccionario de la Lengua Española. XXI Edición. Tomo I, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1992, p. 23.

SÁNCHEZ BOZA (Ligia Roxana)

Estudio de la jurisprudencia judicial y administrativa respecto de las servidumbres. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985.

SOTO ZÚÑIGA (Johnny)

Manual de régimen y derecho municipal en Costa Rica. 1ra. Ed., Lara Segura & Asociados, San José, Costa Rica, 2009.

Resoluciones judiciales

Sala Constitucional, voto N° 2306-91 de las 14:45 hrs. del 6 de noviembre de 1991.

Sala Constitucional, voto N° 11216-02 de las 15:03 hrs. del 26 de noviembre de 2002.

Sala Constitucional, voto N° 15751-05 de las 10:28 hrs. del 17 de noviembre de 2005.

Sala Constitucional, voto N° 14850-06 de las 11:53 hrs. del 6 de octubre de 2006.

Sala Constitucional, voto N° 5051-07 de las 15:27 del 13 de abril de 2007.

Sala Constitucional, voto N° 10096-08 de las 19:00 hrs. del 17 de junio de 2008.

Sala Constitucional, voto N° 17617-08 de las 11:50 hrs. del 5 de noviembre de 2008.

Sala Constitucional, voto N° 17644-08 de las 12:17 hrs. del 5 de diciembre de 2008.

Sala Constitucional, voto N° 1650-09 de las 11:41 del 6 de febrero de 2009.

Sala Constitucional, voto N° 9591-09 de las 17:56 hrs. del 18 de junio de 2009.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, RSL N° 609-F-S1-2008 de las 10:45 hrs. del 5 de septiembre de 2008.

Tribunal Contencioso Administrativo - Sección III, RSL N° 311-2005 de las 10:40 hrs. del 21 de septiembre de 2005.

Tribunal Contencioso Administrativo - Sección III, RSL N° 826-08 de las 16:05 del 10 de octubre de 2008.

Dictámenes y circulares administrativas

Contraloría General de la República, oficio N° 9330 (DCA-1915) del 4 de julio de 2006.

Contraloría General de la República, oficio N° 12205 (DCA-2567) del 29 de agosto de 2006.

Contraloría General de la República, oficio N° 7878 (DCA-0426) del 28 de julio de 2009.

Procuraduría General de la República, dictamen C-257-04 del 1° de septiembre de 2004.

Procuraduría General de la República, dictamen N° C-243-09 del 3 de septiembre de 2009.

Registro Nacional, Departamento Catastral Registral, Circular N° DCR-009-2007 del 8 de mayo de 2007.

Periódicos

Al Día (periódico), *Alajuelita, Paquera y Guatuso exigen construir aceras*, jueves 26 de junio de 2008, (archivo digital de Al Día).

La Nación (periódico), *MOPT incumple orden de quitar carros de aceras*, viernes 18 de enero de 2008, (archivo digital de La Nación).

La Nación (periódico), *Municipalidad de Escazú debe mejorar aceras*, lunes 17 de noviembre de 2008, (archivo digital de La Nación).

La Nación (periódico), *Sala IV exige más accesibilidad en las aceras de Turrialba*, miércoles 11 de marzo de 2009, (archivo digital de La Nación).

La Prensa Libre (periódico), *Crean comisión para velar por Ley 7600*, sábado 11 de julio de 2009, (archivo digital de La Prensa Libre).

La Prensa Libre (periódico), *Obligan a cumplir Ley 7600 a varias instituciones públicas*, martes 1 de septiembre de 2009, (archivo digital de La Prensa Libre).

La Prensa Libre (periódico), *Obligan a municipio construir aceras y cobrarlas a los vecinos*, martes 13 de octubre de 2009, (archivo digital de La Prensa Libre).

“LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A TRAVÉS DEL DESARROLLO DE INDICADORES: AVANCES CONCRETOS EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS”

*Msc. Alfonso Chacón Mata**

SUMARIO

Introducción

II. La noción de justiciabilidad y su vigencia en los derechos económicos, sociales y culturales

2.1 Los DESC: carácter de progresividad versus utilización de recursos

2.1.1 El artículo 2 del PIDESC

2.1.2 Los recursos dentro del contexto del artículo 2 del PIDESC-

2.2 Nivel de justiciabilidad de los DESC-

III. Precisiones en torno a los sistemas de indicadores y su impacto en los DESC

3.1 A manera de introducción sobre los indicadores-

3.1.1 La continua reconstrucción de los indicadores-

3.1.2 La despolitización de los indicadores-

3.2 Necesidad de contar con indicadores de realización de los DESC-

3.2.1 El desafío de los indicadores en DESC-

3.2.2 Mitos sobre los indicadores en materia de DESC y DCP

IV. La justiciabilidad de los DESC a través de indicadores en la práctica del sistema internacional-

4.1 La Organización de las Naciones Unidas y el sistema de indicadores-

4.1.1 Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos (2006)-

4.1.2 Algunos ejemplos ilustrativos de la aplicación del modelo de indicadores propuesto por el informe de la ONU-

4.2 La Declaración del Milenio y los indicadores sociales-

4.3 Indicadores establecidos por diferentes organismos dentro del sistema universal de la organización de las Naciones Unidas-

4.3.1 Indicadores de derecho a la salud-

4.3.2 Indicadores de derecho a la educación-

4.3.3 Indicadores de derecho al trabajo-

4.4.4 Indicadores de desarrollo humano-

V. Consideraciones finales

“LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A TRAVÉS DEL DESARROLLO DE INDICADORES: AVANCES CONCRETOS EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS”

*Msc. Alfonso Chacón Mata**

I. INTRODUCCIÓN

Las limitaciones propias a la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el mismo seno del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha generado que estos derechos se visualicen por gran parte de los juristas, como aspiraciones deseables más no ciertamente provisiones legales exigibles del todo. El mecanismo de elaboración de informes que indiquen el balance situacional de los DESC, ha sido la práctica más utilizada, incluso se encuentra prevista dentro de los mismos instrumentos internacionales que garantizan este tipo de derechos¹. Sin embargo, en los últimos tiempos este mecanismo se ha venido complementando con la necesidad de elaborar un sistema adecuado de indicadores que vengan a establecer cuáles son los parámetros

mínimos que deben respetar y cumplir los Estados en sus políticas cotidianas. Esta última preocupación –sea la de justiciar los DESC a través de los indicadores-, es la que inspira la realización del trabajo que seguidamente pasamos a exponer, y como ha sido su desarrollo presente en la Organización de las Naciones Unidas.

El presente artículo es una breve sistematización de las inquietudes y tópicos, que hemos expuesto anteriormente en otra oportunidad, sobre esta misma temática de indicadores y justiciabilidad de los derechos humanos², más otros elementos adicionales que estimamos conveniente invocar en torno al quehacer de indicadores en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Procedemos sin más preámbulo a reseñar los alcances de este trabajo en los términos que seguidamente destacamos.

(*) Abogado especialista en derechos humanos y laborales. Profesor Filosofía del Derecho, Universidad de Costa Rica.

1 A manera de ejemplo tenemos el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo segundo del artículo 9 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el párrafo primero del artículo 21 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

2 CHACÓN MATA, (Alfonso) “Derechos económicos, sociales y culturales: indicadores y justiciabilidad”, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 43, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao-España, 2007.

II. LA NOCIÓN DE JUSTICIABILIDAD Y SU VIGENCIA EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Consideramos conveniente empezar analizando los alcances del término “justiciabilidad” en aras de analizar su concreción o no, en los derechos que estamos estudiando. En este sentido un autor como ALEJANDRO SALINAS, nos establece la siguiente acotación: *“Resulta claro cual es el sentido de justiciable, pero al tratar de aplicar este concepto en los derechos económicos, sociales y culturales surgen evidentes dificultades. En el último tiempo se ha desarrollado una discusión en torno al alcance de la noción de “justiciabilidad”. Se señala que esta noción no debe relacionarse exclusivamente con modelos judiciales (judicializar), sino que debe incorporar un amplio concepto de la idea de “seguimiento” por parte de los llamados órganos de control, tanto a nivel nacional como internacional”*³.

En torno a la justiciabilidad de tales derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró lo siguiente:

“Los llamados derechos civiles y políticos, en general son más fácilmente individualizables y exigibles de conformidad con un procedimiento jurídico susceptible de desembocar a una protección jurisdiccional. La Corte considera que, entre los derechos llamados económicos, sociales y culturales, hay también algunos que se comportan o pueden comportarse como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente”⁴

En el caso concreto del sistema interamericano, no es sino hasta con el advenimiento del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de DESC, (Protocolo de San Salvador, 17 de noviembre de 1988), que se empiezan a dimensionar al menos dos derechos exigibles como contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos referimos al derecho de organización de los trabajadores y al derecho a la educación⁵.

Conviene además destacar, que otros órganos de las Naciones Unidas han dimensionado para los derechos de naturaleza económica, social y cultural, un carácter de *justiciabilidad*. Algunos quizás con carácter más restringido, mientras que para otros, mucho más amplio. A manera de ejemplo, tenemos que para el Relator Especial sobre el derecho a la

3 SALINAS, (Alejandro), en COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, “Seminario Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Bogotá-Colombia, 1995, pág 51.

4 OEA, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986, OEA/Ser.L/III.15, doc.13, 29 agosto 1986, pág 42. En su Observación General No 9, el Comité de DESC de la Organización de las Naciones Unidas, sobre este particular, destaca lo siguiente: “En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15”, Organización de Naciones Unidas (ONU), “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.5, 26 de abril del 2001, párr.10, pág 65.

5 Véanse los artículos 8 inciso a) y 13 del Protocolo, con relación al párrafo sexto del artículo 19.

educación, este derecho si es reconocido en los instrumentos internacionales como de carácter justiciable⁶. Por su parte, el Comité de DESC creado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), visualiza la justiciabilidad de los DESC, más ampliamente. Para ello, ha distinguido entre “justiciabilidad” y “normas de aplicación inmediata”, estableciendo que por el primer término, debemos entender que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales, y las normas de aplicación inmediata, en contrapartida permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones. Concluye que *“Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”*⁷.

Diremos finalmente, parafraseando a un par de autores, que aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales *“...son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos”*⁸. Lo

anteriormente destacado, supone que las obligaciones de carácter jurídico que se consideran asumidas a través de tratados tales como el PIDESC, sean matizadas y diluidas por sendas interpretaciones políticas, discrecionales a las potestades propias de los Estados. Sin embargo, esta tendencia no puede ser de recibo, y por esta razón nos enfocaremos seguidamente a establecer criterios muy certeros y oportunos, que ha fijado tanto la doctrina como las instancias formales de supervisión de los DESC dentro del sistema internacional, a favor de su oportuna justiciabilidad.

2.1 Los DESC: carácter de progresividad versus utilización de recursos.

El carácter de la progresividad de los DESC, abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta igualdad. Y colateralmente, el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, por lo que no sería posible reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes⁹. Decimos que corresponde a la entidad estatal dicha tarea, debido a que los derechos que nos ocupan, se concretan mediante diversos tipos de prestaciones, que requieren necesariamente la colaboración de los poderes públicos en

6 Organización de las Naciones Unidas (ONU) Consejo Económico y Social “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho a la educación” Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos, Comisión de Derechos Humanos, 61° período de sesiones, Tema 10 del programa provisional, E / CN.4/2005/50 del 17 de diciembre del 2004, párrafo 54, pág 12.

7 ONU, HRI/GEN/1/Rev.5, Observación general No 9, Op Cit, párr.10, pág 65.

8 ABRAMOVICH, (Víctor) y COURTIS, (Christian) “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta S.A., Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002, pág 19.

9 ABRAMOVICH, (Víctor) y otro, Op Cit, pp 93-94.

la satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano¹⁰.

Conviene entonces, contrastar esta noción de progresividad, a la luz de las disposiciones previstas en el PIDESC, como principal instrumento regulatorio de la materia a nivel internacional. Procedemos a continuación, a detallar los aspectos que desde nuestra perspectiva, componen el fundamento de la progresividad de los DESC, así como la utilización de recursos para hacer viables y efectivos tales derechos.

2.1.1 El Artículo 2 del PIDESC.

Algunos autores han establecido que en el PIDESC, su artículo segundo establece una “obligación genérica”, es decir, da sustento a otras obligaciones y determinan su naturaleza¹¹. Es conveniente analizar las implicaciones que

se derivan de este artículo, tomando en cuenta aspectos tales como la concreción de lo dispuesto, así como los recursos disponibles para ello¹². El PIDESC en su artículo segundo, condiciona el cumplimiento de éstos derechos, al máximo de los recursos disponibles de cada Estado. El problema de la atención de tales derechos, con recursos limitados e insuficientes, plantea que los Estados no se escuden en esta disyuntiva como una excusa definitiva e insoslayable. Incluso, se ha sostenido que el disfrute de ciertos DESC, no está condicionado a la progresividad y que su satisfacción puede ser inmediata, (como es el caso de la libertad sindical o la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos) sin que pueda alegarse la inexistencia de recursos estatales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones.¹³ Sobre este particular, el mismo Comité de DESC de la Organización de las Naciones Unidas,

10 CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), “Derechos Sociales : Teoría e Ideología”, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pág 11. Cfr: Ver en este sentido a VASQUEZ, (Enrique), “Hacia una Nueva Concepción de los Derechos Humanos”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No 5, enero-junio 1987, San José, pp 64-65; GROS ESPIELL, (Héctor), “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1988, pág 331; Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo Económico y Social, “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales: Consulta internacional sobre “Los derechos económicos, sociales y culturales en las actividades de las instituciones internacionales relacionadas con el desarrollo”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 25º período de sesiones, Ginebra, 23 de abril al 11 de mayo del 2001, Tema 5 del programa provisional, E/C.12/2001/5 12 de marzo del 2001, versión español, párrafo 3, pág 3; EIDE, (Asbjorn), “Economic, Social and Cultural Rights : a textbook”, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, pp 22-23.

11 KÜNNERMAN, (Rölf), “The Right to an Adequate Standard of Living”, International Institute of Human Rights, Lecture 2, 1-26 July 1996, 27th Study Session Strasbourg-France, 1996, pág 2.

12 Al respecto la redacción del artículo dispone lo siguiente. :
 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (artículo 2.1)
 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”(artículo 2.2)

13 BOLIVAR, (Ligia), “Derechos económicos, sociales y culturales : derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in) experiencia de América Latina” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V, primera edición, San José, 1996, pág 93.

ha dicho que “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”¹⁴. Esta obligación, igualmente se traduce de acuerdo al párrafo primero del artículo 2, en el compromiso de adoptar medidas, en los términos expuestos, sea a través de la asistencia y cooperación entre los países¹⁵.

Asimismo, el artículo segundo, párrafo primero del PIDESC, requiere que cada Estado disponga de medidas según el máximo de sus recursos disponibles, en aras de ir implementando la plena realización de los derechos reconocidos en esta materia. Por un lado, este máximo de recursos o provisión de recursos, requiere que los Estados tomen inmediatamente medidas posibles a su alcance y otras medidas en forma expedita, si no están tan a su disposición¹⁶. En segundo lugar, sobre la obligación contraída de adoptar medidas, la Observación General N° 3 del Comité de DESC, dictada en el quinto período de sesiones (1990), nos aduce lo siguiente: “Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser

deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”¹⁷.

El otro aspecto que queremos reseñar, radica en descifrar en que consiste el concepto de “progresiva efectividad”, y al respecto, volviendo a retomar la anterior observación general, tenemos que dicho concepto es definido de la siguiente manera:

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes”¹⁸.

Ahora bien, ¿Cuándo podría afirmarse que una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra?. Para autores estudiosos en esta materia, como ABRAMOVICH y COURTIS, “Lo será en principio, partiendo de la definición del

14 Organización de las Naciones Unidas (ONU) HRI/Gen/1/Rev.5, Op Cita, párrafo 10 pág 22.

15 Véase lo expuesto en supra nota 11.

16 KÜNNERMAN, (Rölf), Op Cit, pág 3. Véase Infra pág 9-10.

17 ONU, HRI/Gen/1/Rev.5, Observación General No 3, Op Cit, párrafo 2, pág 19. Ver en igual sentido, la Observación general No 7, párrafo 9, página 55.

18 *Ibid.*, párrafo 9, pág 21.

artículo 2 del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma¹⁹. Asimismo, para apreciar esta disminución del derecho social, los citados autores disponen que sería acertado recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma más favorable para el trabajador, siendo extendible esta fórmula de apelar hacia lo más beneficioso, a los demás derechos²⁰.

Por otra parte, acudiendo al análisis integrado que sobre este articulado realiza el teórico alemán RÖLF KÜNNERMAN, tenemos que para el autor, *“La gran importancia del término “realización” puede ser visto desde su importante rol en la obligación genérica del 2.1 PIDESC, referente a la plena realización de los derechos humanos. El término realización, sin embargo, es algo complicado. En terminología legal “realizar un derecho” significa que el beneficiario del derecho activamente transforma una situación donde el status normativo relativo a ese derecho relacionado con él o ella no es “real” (solamente una queja a derecho) a una situación donde él o ella goza de hecho del status básico de protección relacionado con ese derecho. Esta “realización del derecho” puede o no ocurrir mediante un procedimiento ante la corte.*

Bajo el 2.1 del PIDESC, los Estados toman medidas “para el máximo de los recursos dis-

ponibles” y “por todos los medios apropiados influyendo en particular la adopción de medidas legislativas” hacia la “plena realización” de derechos económicos, sociales y culturales²¹.

2.1.2 Los recursos dentro del contexto del Artículo 2 del PIDESC

Otro tema que sugiere ser controversial de la lectura del artículo 2 PIDESC, es el relativo a los “recursos”. Al respecto un grupo de expertos, ha formulado una serie de cuestionamientos en torno a la disponibilidad de recursos. Se preguntaron entre otras cosas: (a) ¿Cuáles recursos podrían ser considerados como disponibles para cumplir con los propósitos del Pacto? ¿La obligación de adoptar medidas según el máximo de recursos disponibles implica que un Estado debe dar prioridad a la implementación de este Pacto? (b) ¿ Se pueden considerar como recursos disponibles, solamente con los que cuenta un Estado o puede considerarse la obligación de movilizar recursos del sector privado?²². Sin duda alguna, las interrogantes no son del todo fáciles de despejar, por lo que trataremos seguidamente de ahondar sobre las implicaciones que tiene el concepto *recurso*, para el cumplimiento de los DESC, y dentro del contexto del artículo que nos ocupa.

Brevemente diremos que para ROBERT E. ROBERTSON, el artículo segundo del PIDESC recuerda a los Estados la obligación de *“tomar medidas ... según el máximo de sus recursos disponibles”, por lo que en ese contexto, “medidas” representa acciones*

19 ABRAMOVICH, (Víctor) y COURTIS, (Christian), Op Cit, pág 112.

20 Ibíd, pág 112.

21 KÜNNERMAN, (Rölf), Op Cit, pág 6. Para ahondar sobre dicho aspecto, ver del mismo autor, “A Coherent Approach to Human Rights”, en Human Rights Quarterly, Vol 17, No 2, The Johns Hopkins University Press, may 1995, Maryland, 1995, pp 323-342.

22 UNESCO, “Guide to Interpretation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, March 24-25, 1983, pág 2.

específicas y “recursos” representa el grado de satisfacción con que los derechos son satisfechos. Por ejemplo : en el campo de la educación, la ley que prescribe la educación libre es una medida, escuelas, maestros y libros son recursos²³.

Una de las tesis que sigue siendo todavía más controversial, es la referente a la falta de recursos económicos, como justificante de los Estados para no atender sus compromisos. Al respecto, el Comité de DESC de las Naciones Unidas ha reiterado en forma consistente que la falta de recursos no autoriza a los Estados a desvincularse de su obligación de implementar de forma progresiva las disposiciones contenidas en el Pacto. A lo anterior se puede agregar que el Comité ha expresado que ante limitaciones graves de recursos “se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo²⁴.”

Sobre este tipo de recursos, -los económicos- se ha dicho que *“el hecho de que la satisfacción de los DESC dependa de recursos económicos, presenta una peculiaridad muy particular y distintiva. La insuficiencia de recursos no es óbice para que un Estado intente, en la medida de sus posibilidades, satisfacer esos derechos”²⁵*. Ahora bien, esta asignación de

recursos (donde asignarlos y en qué áreas) supone una adopción de políticas específicas por parte de los Estados que van a tener clara incidencia en lo político, social, económico etc. en una población determinada. A continuación abordaremos algunas apreciaciones en referencia a la implementación de políticas estatales que nieguen el goce efectivo de los DESC.

2.2 Nivel de Justiciabilidad de los DESC

Cuando una constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. La falta de especificación concreta del contenido del derecho constituye, por supuesto, un obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento²⁶. Es así, como la garantía y reconocimiento de este tipo de derechos, dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no es inmediata, y tutela una gama amplia de derechos de esta naturaleza²⁷. Sin embargo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que el Pacto contiene

23 ROBERTSON, (Robert E.), “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the “maximum available resources” to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en Human Rights Quarterly, Vol 16, No 4, The Johns Hopkins University Press, Nov 1994, Maryland, 1994, pág 695.

24 SALINAS RIVERA, (Alejandro), Op Cit pág 52.

25 MERA FIGUEROA, (Jorge), Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Seminario Los DESC : Desafío para la Democracia”, 15-16 de diciembre de 1987, Santiago, 1988, pág 13.

26 ABRAMOVICH, (Víctor) y COURTIS, (Christian) Op Cit, pág 122.

27 URIBE MUÑOZ, (Alirio), “Estado Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Derecho al desarrollo en el derecho Internacional”, en TERRE DES HOMMES, “El Derecho a la Equidad : Ética y Mundialización Social”, Icaria Editorial, primera edición, Barcelona, octubre 1997, pp 58-59.

derechos que “cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales... pareciera difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables”²⁸.

Se ha dicho también, que el gran desafío en resumen, es que los derechos económicos, sociales y culturales se garanticen junto a los derechos civiles y políticos en una “relación de complementación”, fundada en la convicción de la realización de ambas categorías, esto es, de la libertad y de un nivel de vida adecuado²⁹. De lo anteriormente expuesto puede colegirse que la necesidad de cumplimiento de la prestación que debe realizar el Estado en materia de DESC -en este caso-, carece de una concreta imposibilidad legal por parte de los destinatarios, para exigir su cumplimiento. Sin embargo, es aquí cuando surge la noción de contenido mínimo, la cual fue acuñada por primera vez, en el seno del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Para el período 1989-1991, el Comité de DESC, elaboró y divulgó cuatro “comentarios generales”; y en lo que interesa, el Comentario General No 3 de 1990, insistió en las “obligaciones mínimas”, de todos los Estados Partes de asegurar al menos, la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos consagrados en el PIDESC³⁰. Así las cosas, a través de esta disposición del Comité, se va gestando un alcance mínimo en el disfrute de derechos, los

cuales deben ser asegurados y garantizados por los Estados Partes. La importancia de este antecedente es de primer orden, puesto que ya no se puede hablar de imprecisión y de imposibilidad de observar los DESC, puesto que existe una base de justiciabilidad inicial.

III. PRECISIONES EN TORNO A LOS SISTEMAS DE INDICADORES Y SU IMPACTO EN LOS DESC

3.1 A manera de introducción sobre los indicadores

Entramos a referirnos en este punto a los indicadores, y el uso que han tenido como herramientas de tutela más justiciable, en el caso de los derechos que nos ocupan. Inicialmente, consideramos que los indicadores estadísticos son un poderoso instrumento en la lucha por los derechos humanos y en ese sentido, facilitan que diferentes actores y colectivos representativos, le puedan exigir responsabilidad al Estado y particulares, por infracciones en inobservancia de lo estipulado. El Informe de Desarrollo Humano del año 2000, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), introdujo por primera vez, la necesidad de visualizar el uso de indicadores, como una herramienta de suma valía en el ámbito de los derechos

28 SALINAS, (Alejandro), Op Cit, pág 50.

29 MAYORGA LORCA, (Roberto), “Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, 1990, pp 171-172.

30 CANCADO TRINDADE, (Antonio), “La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Serie “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Europea, primera edición, San José, 1993, pág 58. Ver en igual sentido, el artículo del mismo autor denominado Relaciones entre el desarrollo sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes”, en Serie “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Europea, primera edición, San José, 1994, pp 36-37.

humanos. Es así, como el citado informe establece que los indicadores pueden ser usados como instrumento para lo siguiente:

Formular mejores políticas y vigilar los progresos realizados/ Determinar los efectos no deseados de leyes, políticas y prácticas/ Determinar que actores están influyendo en la realización de los derechos/ Poner de relieve si esos actores están cumpliendo sus obligaciones/ Advertir de antemano posibles violaciones y poder adoptar medidas preventivas/ Fortalecer el consenso social respecto de decisiones difíciles que deban adoptarse frente la limitación de recursos/ Sacar a la luz cuestiones que han sido desatendidas o silenciadas³¹

Surge entonces, súbitamente, la interrogante en torno a la necesidad de constituir indicadores de derechos humanos, y al respecto debemos manifestar que esta preocupación es válida, siendo que los mismos, deben ir encaminados, a transformar la realidad social, pues de lo contrario su razón de ser es meramente ilustrativa³². Concomitantemente, se les exige

toda una serie de condiciones, indistintamente de las posiciones teóricas inherentes a la evaluación del indicador y su correspondencia con el derecho determinado³³.

Una vez adentrados en la temática de los indicadores de derechos humanos, debemos de decir que éstos deben cumplir según los expertos, cuatro objetivos conexos: i) *Verificar si los Estados respetan, protegen y realizan los derechos*, principal marco de responsabilidad para la función del Estado, ii) *Velar por el cumplimiento de los principios fundamentales de los derechos*, al determinar si se están realizando los derechos sin discriminación, y con suficientes progresos, suficiente participación popular y recursos efectivos, iii) *Velar por el acceso seguro*, por medio de las normas e instituciones, las leyes y un entorno económico propicio que convierta los resultados derivados de la satisfacción de las necesidades en derechos efectivos y iv) *Determinar los actores no estatales decisivos*, al destacar qué otros actores influyen en la realización de los derechos y poniendo de relieve en qué consiste esa influencia³⁴.

31 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2000”, publicado por PNUD, Ediciones Mundi Prensa, Madrid-Barcelona-México, 2000, pág 89.

32 REUBEN SOTO, (Sergio), “Principales Dominios del Acontecer Social en el Subdesarrollo y sus Indicadores” pág 63, en “Centroamérica: Indicadores Socioeconómicos para el Desarrollo”, a cargo de Francisco Rojas Aravena, Ediciones FLACSO, primera edición, San José, 1983.

33 Al respecto HUGO MOLINA ha expuesto que “se exige de los indicadores que sean por sí solos descriptivos de las relaciones que de hecho se dan entre los fenómenos sociales; que sean igualmente por sí solos explicativos de la dinámica de los procesos sociales; que sean “apolíticos” o contrariamente que “como tales” expresan los intereses históricos de una clase; que por sí solos expresen las tendencias del desarrollo; que sean relevantes y de utilidad política práctica para que una determinada clase pueda orientar más acertadamente su lucha contra una u otras clases que le son antagónicas; que sean técnicamente confiables, comparativos, exactos, integrales, de utilidad práctica para la toma de decisiones, diseños de políticas, planificar el desarrollo, evaluar el mismo, tomar medidas correctivas, etc. En suma se les exige que sean perfectos y que respondan a todos los requerimientos”, MOLINA, (Hugo), “Consideraciones Generales Acerca de los Indicadores Económicos y Sociales”, en “Centroamérica: Indicadores Socioeconómicos para el Desarrollo”, Op Cit, pp 153-154. Para GONZALO RAMIREZ, -dentro de la misma obra supra citada- deben construirse indicadores que “...den cuenta de la evolución de la evolución de las contradicciones propias de nuestras formaciones sociales” (p.ej. Clases sociales diferenciadas y ubicadas en posiciones específicas dentro de la sociedad; Grupos étnicos diferenciados y a veces mayoritarios; regiones y sectores sociales y económicos de menor desarrollo), así como la elaboración de indicadores “que permitan diagnosticar más eficientemente la evolución del complejo de contradicciones que caracterizan las relaciones económicas...”, pp 24-25.

34 PNUD, “Informe sobre Desarrollo Humano 2000”, Op Cit, pág 92.

Puede agregarse a lo antes expuesto, que estas variables responden a su vez, a diferentes ámbitos de análisis para cada uno de los objetivos. Es así como podemos discernir un ámbito institucional para el primer objetivo, en el que se le exige al Estado diversas funciones en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos; para el segundo objetivo un ámbito normativo, compuesto por el andamiaje de recursos legales del Estado-Nación y como la violación u omisión a tales preceptos, conlleva a responsabilidad manifiesta; el tercero se ubica dentro del ámbito de seguridad, entendido como un espectro ambiental e integrado que fortalece y dimensiona los derechos de los particulares. Finalmente, el último ámbito responde a las entradas y salidas –inputs y outputs-, que ingresan y se procesan dentro del sistema político vigente, a la vez que se pretende visualizar quienes son los agentes promotores de dichos cambios y/o decisiones.

Otro aspecto que es conveniente reseñarlo, lo constituye el hecho de establecer si los indicadores de desarrollo humano y de derechos humanos, deben verse como afines o de características comunes. Al respecto, debemos decir que ambos comparten la misión de generar información que envíe señales al poder político, en aras de conocer la mejor manera de realizar libertades humanas tan necesarias, como las del derecho a vivir liberado de la miseria, del

temor y la discriminación. Ambos dependen de la medición de resultados e insumos, con la finalidad de descubrir y potenciar el fenómeno en análisis, y finalmente, en ambos indicadores aplican como parámetro, los promedios y desgloses tanto de los valores mundiales como locales³⁵.

En todo caso, debemos de manifestar a manera de síntesis, que el principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos³⁶.

3.1.1 La Continua Reconstrucción de los Indicadores

Abarcar este imperativo evolutivo, no es tarea nada fácil. Durante un seminario desarrollado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con el objetivo de analizar indicadores apropiados para medir los alcances en la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, se dijo por parte de expertos, lo que a continuación transcribimos :

“A veces, puede ser prematuro o inadecuado aplicar indicadores cuantificables. No todos los indicadores pueden ser expresados en términos puramente numéricos. Por lo tanto, es importante desarrollar, igualmente, criterios, principios y estimaciones de realización de los derechos económicos, sociales y culturales”³⁷

35 Ibíd, pág 91. Cfr: Ver igualmente, las tres importantes diferencias de criterio entre ambos tipos de indicadores.

36 ABRAMOVICH, (Victor) y COURTIS, Op Cit, pág 91.

37 Citado por BOLIVAR, (Ligia), Op Cit, pág 117. Continua la autora, aduciendo el siguiente fragmento : “Vale agregar que los indicadores no deben limitarse a compilaciones de datos estadísticos de carácter cuantitativo: ...por el contrario, muchos de los elementos de las directrices de presentación de informes requieren la inclusión de elementos narrativos e interpretativos, particularmente en relación con legislación, políticas administrativas y evaluación de los programas gubernamentales” pág 116.

Un ejemplo preciso de la necesidad de reconsiderar los indicadores, puede verse en la regionalización de la “Estrategia para América Latina” por parte de la Organización Panamericana de la Salud (OPS). En ella se fijan desde el ámbito de la salud, una serie de metas, que puedan tomarse como indicadores de resultados, tales como : -La esperanza de vida al nacer no habrá de ser inferior a 70 años en ningún país de la región, -La tasa de mortalidad infantil no habrá de ser superior a 30 defunciones por 1000 nacidos vivos en ningún país de la región, -La tasa de mortalidad no habrá de ser superior a 2,4 defunciones por 1000 para niños de 1 a 4 años en ningún país de la región, -El acceso a los servicios de abastecimiento de agua potable y de evacuación de desechos se extenderá al 100% de la población, -Por último, el acceso a los servicios de salud se ampliará al 100% de la población³⁸.

Lo importante a destacar con esta reseña, es el carácter evolutivo/adaptativo de los indicadores de salud, (en este caso) pues las metas regionales se han fijado tomando como parámetro las condiciones socioeconómicas de América Latina. Se demuestra entonces,

que los indicadores no son instrumentos estadísticos puros, sino que buscan apreciar una situación en su contexto, por lo que los niveles de exigencia pueden variar³⁹. En el fondo, esta continua reconstrucción de los indicadores, no lleva implícita otra realidad más que, reafirmar la denominada *utilidad práctica de los indicadores*⁴⁰.

3.1.2 La Despolitización de los Indicadores

Dentro del seminario de salud de las Naciones Unidas, anteriormente citado, se sugirieron maneras de despolitizar los indicadores : “Una forma de hacerlo sería diferenciando entre diversas gradaciones de violación : violaciones que son resultado de una discriminación voluntaria por parte del gobierno ; violaciones que reflejan la incapacidad de los estados para llevar a cabo sus obligaciones y violaciones relacionadas con la indiferencia o negligencia del Estado”⁴¹.

La anterior apreciación del seminario en referencia, nos sugiere hacer una serie de acotaciones. En primer lugar, las *violaciones producto de una discriminación voluntaria por parte del Estado*, implican que el Estado

38 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD PARA TODOS EN EL AÑO 2000, “Plan de acción para la instrumentación de las estrategias regionales”, Documento oficial No 179, Washington 1982, citado por Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA), “Indicadores de Medición de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El caso del derecho a la Salud”, en TERRE DES HOMMES, Op Cit, pp 185-186.

39 Ibíd, pág 186.

40 “En el campo de la política económica y social la definición de los indicadores debe responder a la necesidad de adoptar decisiones racionales y oportunas, en correspondencia con ello los indicadores y datos a procesar deben reducirse a los absolutamente necesarios para tal fin. Tal requisito tiene varias implicaciones, vinculadas, entre otros aspectos, a la necesidad de precisar lo más claramente posible el problema; trazar los objetivos y metas igualmente precisas que permitan la definición de la política y estrategia para abordarlo -el problema-, lo que a su vez permita el seguimiento, control y evaluación en sus diferentes momentos de la ejecución de la política (...)”, MOLINA, (Hugo), Op Cit, pág 164.

41 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), Op Cit pág 114. El documento original se denomina Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Seminario sobre indicadores apropiados para medir los alcances en la realización progresiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Mimeo, versión preliminar, pág. 14.

mismo produzca un hecho ilícito en forma consciente, dándose una situación que se conoce en doctrina como “Teoría de la Ilícitud”, y tiene implicaciones prácticas concretas⁴². Las violaciones que son el resultado de la *incapacidad de los Estados para llevar a cabo sus obligaciones*, y las violaciones *relacionadas con la indiferencia o negligencia del Estado*, en el fondo consisten en lo mismo ; en un “no hacer” dentro del terreno de los DESC. Solamente que se presenta una diferencia de matiz, dado que no se cuentan con los recursos o capacidad necesarios para cumplir las obligaciones por un lado, y en la otra situación, operan circunstancias de apatía o desgano para cumplir con la realización de tales derechos.

Nos encontramos con que el Estado elude sus obligaciones por cuanto no tiene una línea demarcatoria de los estándares requeridos para la satisfacción de los DESC, y por ende, los índices no se despolitizan. Lo anterior, nos reafirma una vez más la necesidad de establecer los “*contenidos mínimos*”⁴³, que permitan establecer una base considerativa de cual es el punto de inicio para tales derechos. A partir de esa “base considerativa”, podremos saber el avance o retroceso de los derechos mencionados.

Surgen entonces a raíz de lo expuesto, toda una serie de interrogantes a plantearse: ¿cómo podría despolitizarse el cumplimiento de los DESC, si los gobiernos dejan a los citados derechos en carácter netamente aspirativo o programático? ¿cómo se les puede compeler

a que cumplan con *derechos mínimos* hacia la sociedad civil, si ni siquiera se han establecido los mismos?. Inobjetablemente desde nuestra perspectiva, estas situaciones ocasionan que se tenga que llegar a la *Vía de Cuantificación de los Derechos*. Es decir, propugnar la creación de toda una serie de indicadores que conllevarían a que los DESC se vuelvan necesariamente “cuantificables”⁴⁴.

Lo anteriormente destacado, no implica que no se deben tomar variables políticas para construir indicadores en materia de justiciabilidad de los DESC, puesto que no podemos negar que precisamente será en el espacio físico y normativo de los Estados, en donde se deben implementar tales indicadores. Así que el sentido de los indicadores politizados, conforta el hecho que los criterios que carezcan de sustento objetivo, deben desecharse a priori.

3.2 Necesidad de contar con indicadores de realización de los DESC

Dentro del estudio y aplicación de los DESC, una situación que hoy en día viene tomando mayor interés por parte de los especialistas, lo es sin duda alguna el hecho de constituir *indicadores básicos*, que regulen la materia. La intención de tales indicadores consistiría en poder destacar un mínimo de exigencia para este tipo de derechos, dado su carácter programático. Asimismo, un asunto que reviste total interés para justificar la creación de indicadores de los DESC, se basa en el carácter de justiciabilidad que deben tener dichos dere-

chos. De no constituirse un(os) indicador(es) reales y efectivos para darle seguimiento a este tipo de derechos, se puede llegar a la absoluta imprecisión y una tendencia hacia la “politización” en las decisiones del mismo Estado para justificar su cumplimiento. Así lo expone el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) : “Uno de los riesgos propios del análisis del comportamiento del Estado en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, es el de convertir el abordaje del derecho en cuestión en un enfoque temático, sujeto a interpretaciones o preferencias que guarden más relación con el análisis político que con la perspectiva de los derechos humanos. (...) De ahí la importancia de desarrollar indicadores que permitan evaluar la responsabilidad estatal en términos objetivos. Esto supone, por una parte, analizar críticamente los indicadores existentes -generalmente utilizados con finalidades válidas, pero diferentes a las del campo de los derechos humanos- y por otra parte, la identificación de indicadores existentes o creados a partir de las necesidades propias del análisis desde la perspectiva de los derechos humanos, tomando en cuenta todos y cada uno de los elementos que componen el conjunto de los compromisos contraídos por el Estado”⁴⁵.

Algunos autores, como LIGIA BOLIVAR, han complementado el concepto de indicador con el de *núcleo intangible* de un derecho, “que

es diferente a su contenido mínimo y a las obligaciones mínimas del Estado, pues nos remite a aquellos aspectos del derecho que, aun en situaciones excepcionales, no puede ser menoscabado por restricciones derivadas de, por ejemplo, la suspensión de garantías constitucionales. (...) De manera que un reto para el movimiento de derechos humanos, consistiría en identificar ese núcleo intangible partiendo de la base de que, de la misma manera que existen ciertos derechos civiles y políticos que no pueden verse sometidos a restricciones en casos de emergencia -generalmente de carácter político- debería asegurarse un núcleo intangible de derechos y garantías en el campo económico, social y cultural, que no esté sujeto a excepciones a causa de emergencias de carácter económico, programas de ajuste y otras contingencias similares”⁴⁶.

3.2.1 El Desafío de los Indicadores en DESC

Para poder elaborar un *sistema de indicadores comunes a los DESC*, nos encontramos con toda una serie de variables que son dignas de detallar. Un primer nivel, es el concerniente a la relación entre “teoría e indicadores”, y que SERGIO REUBEN SOTO, ilustra de la siguiente manera: “*Esta relación se resuelve en una doble dirección; el desarrollo teórico determina el tipo de indicadores y los dominios del acontecer social sobre los que ellos deben arrojar luz; y los complica en razón de sus necesidades de aproximación a la realidad, y a los niveles de exactitud que esa*

42 Basa la responsabilidad internacional en dos requisitos objetivos : a) que el hecho ilícito -por acción u omisión sea atribuible a un Estado- ; b) que tal hecho ilícito sea en violación del Derecho Internacional o se traduzca en el incumplimiento de una obligación internacional del Estado. GIL, (Amparo) “La Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito del Derecho Internacional”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1992, pág 27.

43 Véase lo expuesto sobre este particular en supra punto 2.2.

44 TEXIER, (Philippe), en TERRE DES HOMMES, Op Cit pág 36.

45 PROVEA, en TERRE DES HOMMES, Op Cit, pp 177-178.

46 BOLIVAR, (Ligia), Op Cit, pág 113. La autora nos lleva a un campo que por sí mismo, puede ser sinónimo de elocuentes y válidos debates, como es el hecho de buscar una estandarización de los indicadores para los diferentes tipos de derechos; así tenemos entonces el criterio de HUGO MOLINA, para quien “El criterio de comparabilidad tiene que ver con el hecho de que los indicadores deben estar definidos y ser utilizados para medir el mismo fenómeno, aspectos del fenómeno o los mismos hechos en diferentes lugares. Conforme a ello, la comparabilidad guarda estrecha relación con la validez, todo lo cual presupone a la vez que los indicadores deben estar definidos con arreglo a definiciones internacionales estandarizadas que, en términos generales, no existen” Op Cit, pág 162.

aproximación demanda. Asimismo, en otra dirección, el desarrollo de los indicadores y su grado de aproximación y reproducción de los fenómenos reales propuestos por la teoría, la informan de manera tal de permitirle la formulación de hipótesis más verosímiles. Mediando esta relación, debe reconocerse el papel del pensamiento matemático o propiamente deductivo (como cuando la estadística reflexiona sobre sí misma) y el desarrollo de la capacidad ordenadora y calculadora (con las modernas máquinas computadoras), que posibilitan una labor más coordinada y más eficaz entre el pensamiento que reflexiona sobre los indicadores y el desarrollo de la teoría⁴⁷.

Continuando con la profesora venezolana BOLIVAR, tenemos que esta académica ha señalado que el desarrollo de los indicadores en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, constituye uno de los retos más complejos pero también, de los más interesantes; *“Existen limitaciones en cuanto a la idoneidad de los indicadores para reflejar adecuadamente la satisfacción de las responsabilidades del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues los indicadores no han sido diseñados desde una perspectiva de los derechos humanos, por lo que ciertos elementos, tales como la posible discriminación hacia determinados sectores de la población, no son adecuadamente reflejados; igualmente, algunos indicadores están diseñados en función de evaluar la ejecución de políticas, por lo que la información que reflejan es irrelevante*

o marginal para propósitos de derechos humanos⁴⁸. Esta apreciación nos plantea el debate de aspectos tales como la posible politización de indicadores –y que hemos combatido anteriormente–, los cuales pueden ser diseñados o estructurados no sobre la base de criterios objetivos y amoldables a amplios sectores poblacionales sin discriminación, sino que pueden obedecer a realidades ficticias. Por ello se hace menester encausar los indicadores hacia una constante conversión o reconstrucción en aras de no dissociar, la realidad que presenta un determinado sistema político/económico. Igualmente, la ideación y confección de indicadores, debe verse sustentada en criterios de especialistas en la materia, de modo que las recomendaciones adecuadas, basadas en parámetros técnicos y de razonabilidad, sean las que prevalezcan sobre los postulados políticos.

3.2.2 Mitos sobre los indicadores en materia de DESC y DCP

Se ha dicho por parte de la doctrina calificada en esta materia, que las diferencias entre ambos estancos de derechos humanos, son diferencias de grado, más que sustanciales, debido a que no es tan tajantemente válido sostener que los DESC sean obligaciones positivas o “de hacer” y que los DCP, son solamente actos de abstinencia o “no hacer” en la esfera de afectación individual o colectiva de los seres humanos. En el fondo lo que subyace es una suerte de simbiosis o conjunción funcional que entrelaza tanto las

47 .REUBEN SOTO, (Sergio), Op Cit, pág 60.

48 BOLIVAR, (Ligia), Op Cit, pp 113-114. Se ha dicho también que “Para poder determinar la exigibilidad de los DESC es importante no sólo establecer indicadores que permitan evaluar grados en que se satisfacen necesidades o derechos, sino que permitan fijar umbrales que discriminen entre un derecho violado o no violado”, en Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), “La Igualdad de los Modernos : reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José -Costa Rica, 1997, pág 61.

obligaciones positivas como negativas por parte del Estado⁴⁹, y esta situación no tendría que interferir eventualmente, al momento de diseñar indicadores estandarizados de cumplimiento.

Con frecuencia se hacen contrastes entre los DESC y los derechos civiles y políticos (DCP), con la intención de justificar la adopción de criterios muy diferentes para evaluar tales derechos. Sin embargo, desde la óptica del mismo PNUD, esos contrastes no son solo más que mitos. A continuación vamos a destacar en que consiste la esencia de cada uno de los mismos⁵⁰:

Primer mito: *Los DCP son derechos negativos, mientras que los DESC son positivos.* No es verdad. Existen deberes positivos y negativos que cumplir para respetar, proteger y realizar ambos tipos de derechos. A manera de ejemplo, para garantizar el derecho a un juicio imparcial es necesario adoptar medidas a fin de establecer una judicatura independiente, debidamente capacitada y remunerada para preservar la independencia de los magistrados.

Segundo mito: *Los DCP se realizan en forma inmediata, mientras los DESC se realizan gradualmente.* No es cierto. Aún cuando deba ponerse fin inmediatamente a los actos de tortura, en algunos países la tarea de garantizar que tales actos no se repitan puede exigir tiempo y recursos para entrenar a los funcionarios de policía, establecer sistemas de

supervisión y examinar los casos presentados ante los tribunales. Por el contrario, aunque el aumento de los niveles de matrícula en la educación secundaria suele depender de los recursos disponibles, deben revocarse inmediatamente las leyes que discriminan entre niños y niñas o entre las distintas religiones y razas en la educación.

Tercer mito: Los indicadores de DCP son descripciones cualitativas, mientras que los indicadores de DESC son estadísticas cuantitativas. No es así. Las estadísticas son importantes para determinar el nivel de tortura, las condiciones en las cárceles y la participación política, a manera de ejemplo. Por su parte, las descripciones cualitativas pueden resultar útiles con el fin de determinar la idoneidad de una ley para proteger los derechos de los inquilinos.

IV. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC A TRAVÉS DE INDICADORES EN LA PRÁCTICA DEL SISTEMA INTERNACIONAL

Vamos a introducirnos seguidamente, a reseñar diferentes apreciaciones que se han vertido con relación al uso y práctica de los indicadores de DESC, dentro del sistema universal de derechos humanos. Hablaremos en términos generales de esta temática, para destacar en el punto 4.3 de este trabajo,

49 ABRAMOVICH, (Víctor) “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados” Sur: revista internacional de derechos humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos, Sao Paulo, año 2 número 2, edición en español, 2005, pág 197. Continúa diciéndonos el autor “En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares”.

50 Tomado de PNUD, “Informe de Desarrollo Humano 2000”, Op Cit, cuadro 5.5, pág 93.

situaciones más concretas de enfoque en torno a la justiciabilidad de los derechos que nos ocupan.

4.1 La Organización de las Naciones Unidas y el Sistema de Indicadores

Desde la perspectiva de BARRIOS MENDIEL, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), es necesario emplear los indicadores para supervisar la realización de los derechos humanos. En este sentido aduce que *“Aunque se tiene conciencia de las limitaciones intrínsecas de ese planteamiento, esta forma de medir la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales goza de respaldo general. La utilización de índices se planteó en el sexto período de sesiones del Comité del Pacto y se podría extender su uso a otras instancias de derechos humanos”*⁵¹. Continúa enfatizando el hecho de que las Naciones Unidas deben poner el acento en la elaboración de instrumentos *“...para supervisar con coherencia y fiabilidad las violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que vayan acompañados de la reafirmación de los compromisos de los Estados y de una interpretación jurídica más estricta de sus obligaciones”*.

Por otra parte, el Instituto de Investigaciones sobre Desarrollo Social de Naciones Unidas (UNRISO), ha dicho en torno al concepto de indicador, lo siguiente:

“el término indicador refleja la necesaria modestia que se debe otorgar a las estadísticas

que intentan medir algún aspecto del desarrollo: los indicadores no son necesariamente mediciones directas y completas de lo que intentan indicar sino, con frecuencia, medidas incompletas (...). Esto es especialmente cierto para los indicadores de desarrollo social. un indicador no es sólo una serie estadística, sino una serie estadística, más un conjunto de supuestos”⁵²

Asimismo, siguiendo con este enfoque otra instancia supranacional como lo es la Organización Mundial de la Salud (OMS) afirma que los indicadores ideales deben reunir las siguientes características:

“Válidos, es decir, deben medir lo que se supone que quieren medir; *objetivos*, la respuesta debe ser la misma si es medida por diferentes personas en circunstancias similares; *sensibles*, es decir, deben ser sensibles a los cambios de situación y *específicos*, es decir, deben reflejar cambios solo en la situación a la que se refieren”⁵³

También a lo largo de estos años, puede apreciarse perfectamente la evolución que han tenido los indicadores, para la práctica llevada a cabo por la UNESCO, en sus respectivas labores; así como las reuniones regionales que ha venido desarrollando el organismo, sobre la aplicabilidad de los indicadores socioeconómicos para el crecimiento (Bangkok septiembre 1974; Montevideo 1976 y Ghana en 1977)⁵⁴.

51 BARRIOS MENDIVIL, (Rafael), “Obstáculos para la Vigencia de los Derechos Socioeconómicos y Culturales”, en TERRE DES HOMMES, Op Cit, pp 110-111.

52 Citado por PROVEA, en TERRE DE HOMMES Op Cit, pág 178.

53 Ibid., pág 181.

54 Una reseña de lo anterior puede encontrarse en RAMALING, (Iyer) “Resumen de las Actividades de la UNESCO en Materia de Indicadores Sociales” pp 29-41, en “Centroamérica: Indicadores Socioeconómicos para el Desarrollo”, Op Cit.

La concepción de utilizar indicadores para medir el estado y perspectivas de los DESC, es reafirmada incluso en el seno de la *“Declaración de Viena” (1993)*, al indicarse que habría que examinar en aras de fortalecer los citados derechos; *“un sistema de indicadores para medir los avances hacia la realización de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas”*⁵⁵. En contrapartida, existen a su vez críticas en torno a los contenidos de fijación de indicadores por parte de algunos organismos especializados de las Naciones Unidas. Por ejemplo, se ha dicho que los indicadores de desarrollo humano creados por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), muestran que no hay correlación lineal entre el ingreso per capita y el bienestar general de la población (medido en indicadores básicos como mortalidad infantil, nivel educativo o expectativa de vida de la población); *“Esta no-linealidad entre el PGB per cápita y el índice de desarrollo humano no es un contraargumento fuerte ante el argumento de falta de recursos que pueden esgrimir los Estados. En esta línea, el hecho de que América latina cuenta con la peor distribución del ingreso en el mundo, explica en parte la asimetría entre el progreso alcanzado en la realización de las dos categorías de derechos fundamentales”*⁵⁶.

La ONU ha venido trabajando en los últimos dos años en un trabajo que aglutine aquellos

indicadores que tiendan a supervisar el ejercicio del cumplimiento de los tratados internacionales, para los Estados Partes. En ese sentido, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos dispuso que un grupo de expertos fuera articulando un criterio sistematizador para cumplir el anterior acometido y aunque hablaremos de esta iniciativa un poco más in extenso en el siguiente apartado, si conviene indicar que esta demanda de indicadores adecuados no solo responde a la necesidad de vigilar el cumplimiento de los instrumentos de los derechos en mención –como lo expusimos antes-, *“...sino también a la necesidad de contar con instrumentos útiles para reforzar la rendición de cuentas, articular y presentar reclamaciones sobre las entidades encargadas y formular las políticas y programas públicos necesarios para facilitar la realización de los derechos humanos”*⁵⁷.

4.1.1 Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos (2006)

Los antecedentes al informe citado se remontan en primera instancia en dos consultas de expertos convocadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en agosto de 2005 y marzo de 2006, respectivamente. El objetivo de esas consultas fue reunir a expertos que trabajaban en el tema de indicadores para la evaluación del ejercicio de los derechos

55 CANCELED TRINDADE, (Antonio), “Relaciones entre el desarrollo sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes”, Op Cit, 23.

56 Comisión Económica para América Latina, “La Igualdad de los Modernos (...)”, Op Cit, pp 59-60. También se han hecho críticas en torno a otros indicadores como el producto interno o el ingreso nacional por habitante, pues se les critica no reflejar efectivamente la disponibilidad de bienes y servicios. MOLINA, (Hugo), Op Cit, pp 159-160.

57 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, 18ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006; Quinta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 19 a 21 de junio del 2006, español, HRI/MC/2006/7 del 11 de mayo del 2006, párrafo 3, página 2.

humanos, procedentes de círculos académicos, organismos internacionales, la sociedad civil y órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, con la mira de desarrollar un entendimiento común sobre el enfoque conceptual y metodológico de los indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En la consulta de marzo los expertos se pusieron de acuerdo sobre el enfoque presentado en este documento y sugirieron que se incluyera una lista de indicadores ilustrativos sobre algunos derechos humanos en el documento de antecedentes destinado a la reunión de los comités de los órganos creados en virtud de tratados. A la vez que señalaron la necesidad de celebrar nuevas consultas sobre esa labor y validaron los indicadores ilustrativos por medio de un ensayo experimental en el procedimiento de presentación de informes de los órganos de tratados de derechos humanos, los expertos convinieron en que resultaría útil para la reunión de los comités estudiar esa labor antes de tomar una decisión sobre un posible seguimiento de la iniciativa⁵⁸.

Con los anteriores insumos y una solicitud formulada por los presidentes de los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos, en el marco de la 17ª reunión (A/60/278, párr. 25 g), es que se gesta este documento, el cual consta de cuatro partes sustantivas y una conclusión con sus anexos⁵⁹, y es un primer intento en el seno de la organización por tratar de estandarizar indicadores cuantitativos afianzados en un marco conceptual adecuado, con su propia lógica capaz de definir y diseñar

los instrumentos de medición pertinentes. Adentrándonos más en materia, tenemos que el informe enuncia que los indicadores pueden ser tanto de orden *cuantitativo* como *cualitativo*, caracterizando a los primeros indicadores en sentido estrecho como equivalentes de “estadísticas” o indicadores que se expresen o puedan expresarse en forma cuantitativa, como por ejemplo los números, los porcentajes o los índices; mientras que los segundos equivalen al uso más general “de actualidad”, ya que abarcan cualquier información relacionada con la observancia o el ejercicio de un determinado derecho, por lo que la información cualitativa puede complementar la interpretación de los indicadores cuantitativos (párr.8).

Por otra parte y como uno de los aportes novedosos proporcionados a este intento de homogenizar indicadores, tenemos que desde la consulta de expertos realizado en el año 2005, se convino en adoptar un enfoque común para evaluar y vigilar el ejercicio tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales, atendiendo a la noción de indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos. Es así como se habla de indicadores estructurales, de proceso y de resultados. Caracterizando un poco más a cada uno de éstos indicadores, tenemos que acotar que el informe en estudio, los concibe de la siguiente manera:

Los *indicadores estructurales* reflejan la ratificación o aprobación de instrumentos jurídicos y la existencia de los mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización del

58 ONU, “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento...”, Op Cit, párrafo 5, pág 3.

59 La estructura es la siguiente: “I. Indicadores de derechos humanos: Noción y lógica” (párr.7 a 12); “II. Marco conceptual” (párr.13 a 22); “III. Marco metodológico” (párr.23 a 28); “IV. Indicadores ilustrativos” (párr. 29 a 32) y finalmente “V. Conclusiones (párr. 33 a 36) y un Anexo con tres cuadros.

derecho humano en cuestión. Abarcan la intención del Estado o su aceptación de las normas de derechos humanos al adoptar medidas para la realización de ese derecho humano. Los indicadores estructurales tienen que concentrarse sobre todo en la naturaleza de las leyes nacionales relacionadas con el derecho en cuestión -es decir si incluyen las normas internacionales- y los mecanismos institucionales que promueven y protegen las normas. Los indicadores estructurales también deben examinar el marco normativo y las estrategias que el Estado indica son pertinentes para ese derecho.

Los *indicadores de proceso* relacionan los instrumentos de política de los Estados con hitos que se convierten en indicadores de resultados, los cuales a su vez pueden relacionarse de manera más directa con la realización de los derechos humanos. Los instrumentos de política de los Estados se refieren a todas las medidas que comprenden los programas públicos e intervenciones específicas que un Estado desee adoptar para hacer efectiva su intención o su aceptación de las normas de derechos humanos para alcanzar los resultados que corresponden a la realización de un determinado derecho humano. Al definir los indicadores de proceso en términos de una relación causal concreta se puede evaluar mejor la responsabilización del Estado frente a sus obligaciones. Al mismo tiempo estos indicadores ayudan a vigilar directamente el ejercicio progresivo del derecho o el proceso de protección del derecho, según sea el caso, para la realización del derecho en cuestión. Los indicadores de proceso son más sensibles a cambios que los indicadores de resultados, por lo cual son

mejores para medir la realización progresiva del derecho o reflejar los esfuerzos de los Estados Partes para proteger los derechos

Los *indicadores de resultados* reflejan los logros, individuales y colectivos, que indican el estado de realización de un derecho humano en un determinado contexto. No se trata sólo de una medición más directa de la realización del derecho humano, sino también de la importancia del indicador para evaluar el disfrute del derecho. Puesto que con el tiempo consolida los efectos de diversos procesos subyacentes (que pueden ser medidos por uno o más indicadores de proceso), un indicador de resultados suele ser un indicador lento, menos sensible para reflejar los cambios momentáneos que un indicador de proceso. Por ejemplo, los indicadores de la esperanza de vida o la mortalidad podrían depender de la inmunización de una población, de la educación o conocimiento de la población en materia de sanidad pública, así como de la disponibilidad y accesibilidad de las personas a una nutrición adecuada.

Lo que se pretende al utilizar tanto al utilizar el marco de indicadores estructurales, de proceso y de resultados, es contar con indicadores coherentes y detallados que puedan reflejar el aspecto de la intención y los resultados en la realización de los derechos humanos⁶⁰. Cabe destacar que este criterio clasificatorio, ha sido utilizado por otras instancias pares de supervisión y tutela de los derechos humanos a escala regional, como sería el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al adoptar dentro de su metodología de lineamientos para elaboración de indicadores en el ámbito de los

60 .ONU, “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento...”, Op Cit, párrafo 20, pág 10.

derechos económicos, sociales y culturales, estas variables indicadas⁶¹.

Finalmente, queremos destacar que el informe que nos ocupa, sugiere que los indicadores *cuantitativos* idealmente, al menos deberían contener los siguientes elementos: a) Ser pertinentes, válidos y fiables; b) Ser simples, oportunos y pocos en número; c) Estar basados en información *objetiva*⁶² y en mecanismos de generación de datos; d) Prestarse a la comparación temporal y espacial, y cumplir las normas internacionales de estadística pertinentes; y e) Prestarse al desglose por sexos, edad y sectores vulnerables o marginados de la población⁶³.

4.1.2 Algunos ejemplos ilustrativos de la aplicación del modelo de indicadores propuesto por el informe de la ONU

Procedemos en este apartado a reseñar e ilustrar como la comisión de expertos que rindió el informe, visualiza una posible implementación de DESC. Vamos a referenciar de acuerdo al documento, solamente a dos de estos derechos: el derecho a una alimentación adecuada (art. 11 PIDESC) y el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12 PIDESC), con sus respectivos indicadores de cumplimiento y resultados.

61 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Lineamiento para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales" OEA/Ser/L/V/II.129 Doc.5, original español, 5 de octubre 2007. Véase párrafos 26 a 44 ("III. Una propuesta metodológica para el sistema de monitoreo"). Podemos agregar que la Comisión Interamericana, a fin de mejorar la posibilidad de análisis y de organizar de manera más ajustada la información revelada en el proceso, sugiere clasificarla en tres categorías: i) recepción del derecho en el sistema legal, en el aparato institucional y en las políticas públicas; ii) capacidades estatales, que sería la distribución de recursos de poder al interior del aparato estatal, y iii) contexto financiero y compromiso presupuestario, que alude a la disponibilidad efectiva de recursos del Estado para ejecutar el Gasto Público Social y de que manera se distribuye el mismo (párrafos 34 a 44). De igual manera, la CIDH habla de indicadores sobre temas transversales y los aglutina igualmente en tres variables: i) Igualdad; ii) Acceso a la justicia y iii) Acceso a la información y participación. (párrafos 45 a 64).

62 Véase la nota 5, pág 5 de ONU, "Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento...", Op Cit, en donde se hace una distinción entre indicadores objetivos y subjetivos.

63 ONU, "Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento...", Op Cit, pág 14.

CUADRO 1

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

(*Indicadores de los objetivos de desarrollo del Milenio; **Incidencia del hambre o número de comidas ingeridas al día)

	Nutrición	Seguridad alimentaria y protección del consumidor	Disponibilidad de alimentos	Accesibilidad de los alimentos
Indicadores estructurales	Instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes al derecho a una alimentación adecuada ratificados por el Estado			
	Vigencia y alcance del derecho a una alimentación adecuada en la Ley suprema, la Constitución o la Declaración de Derechos			
	Vigencia y alcance de las leyes nacionales pertinentes a la realización del derecho a una alimentación adecuada			
	Número de organizaciones de la sociedad civil registradas que participan en la promoción y la protección del derecho a una alimentación adecuada			
	<ul style="list-style-type: none"> Vigencia y alcance de la declaración de política nacional sobre la nutrición y las normas de una nutrición adecuada 	<ul style="list-style-type: none"> Vigencia y alcance de la declaración de política nacional sobre la seguridad alimentaria y la protección del consumidor Número de ONG registradas que trabajan en la esfera de la seguridad alimentaria y la protección del consumidor 	<ul style="list-style-type: none"> Vigencia y alcance de la declaración de política nacional sobre la producción agrícola y la disponibilidad de alimentos Vigencia y alcance de la declaración de política nacional sobre la sequía, las malas cosechas y la gestión de desastres• 	

	Nutrición	Seguridad alimentaria y protección del consumidor	Disponibilidad de alimentos	Accesibilidad de los alimentos
Indicadores de proceso	<ul style="list-style-type: none"> • Número de denuncias sobre el derecho a una alimentación adecuada recibidas, investigadas y resueltas por la institución nacional de derechos humanos, el Ombudsman de derechos humanos, una institución especializada y otros mecanismos administrativos (creados para proteger los intereses de grupos concretos de población) en el período señalado • AOD neta para la seguridad alimentaria recibida o proporcionada, como porcentaje del gasto público en seguridad alimentaria o del ingreso nacional bruto 			
	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía alimentaria o porcentaje de la población que está subalimentada* 	<ul style="list-style-type: none"> • Tasa de tramitación o tiempo que se tarda en promedio en resolver un caso registrado en un tribunal de consumidores 	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia y alcance de la declaración de política nacional sobre la producción agrícola y la disponibilidad de alimentos 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje del consumo familiar de los principales alimentos por parte de la población vulnerable que se asegura mediante programas de asistencia pública
	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población vulnerable (por ejemplo, los niños, las embarazadas y las personas de edad) cubierta por los programas públicos de suplemento de la nutrición 	<ul style="list-style-type: none"> • Número de ONG registradas que trabajan en la esfera de la seguridad alimentaria y la protección del consumidor 	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia y alcance de la declaración de política nacional sobre la sequía, las malas cosechas y la gestión de desastres 	<ul style="list-style-type: none"> • Tasa de desempleo/salario medio de los sectores vulnerables de la fuerza de trabajo

	Nutrición	Seguridad alimentaria y protección del consumidor	Disponibilidad de alimentos	Accesibilidad de los alimentos
	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población destinataria cubierta por los programas públicos de educación y sensibilización en materia de nutrición 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje del presupuesto del sector social público gastado en actividades de promoción, educación, e investigación sobre seguridad alimentaria y protección del consumidor, y en la aplicación de la ley y los reglamentos correspondientes 	<ul style="list-style-type: none"> • Tierra cultivable irrigada por persona 	<ul style="list-style-type: none"> • Incidencia de la pobreza en el país
	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población con acceso sostenible a mejores fuentes de abastecimiento de agua* 	<ul style="list-style-type: none"> • Número de casos presentados/resueltos al amparo de la ley de seguridad alimentaria y protección del consumidor 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de agricultores que aprovechan los servicios de extensión 	<ul style="list-style-type: none"> • Tasa de actividad desglosada por sexos y otros grupos vulnerables
		<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de los establecimientos de producción y distribución de alimentos inspeccionados para verificar el cumplimiento de las normas de calidad de los alimentos, y/o frecuencia de las inspecciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje del presupuesto público gastado en el fortalecimiento de la producción agrícola nacional (por ejemplo, la extensión agrícola, la irrigación, los créditos, la comercialización) • Tasa de dependencia de la importación de cereales 	<ul style="list-style-type: none"> • Estimación del acceso de las mujeres y las niñas a una alimentación adecuada dentro de la familia

	Nutrición	Seguridad alimentaria y protección del consumidor	Disponibilidad de alimentos	Accesibilidad de los alimentos
Indicadores de resultados	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de niños menores de 5 años con un peso inferior al normal* • Porcentaje de adultos con un índice de masa corporal (IMC) inferior a 18, 	<ul style="list-style-type: none"> • Tasa de tramitación- Número de defunciones registradas/ atribuidas a la intoxicación por la adulteración de alimentos, o incidencia a ese tipo de intoxicación 	<ul style="list-style-type: none"> • Disponibilidad per cápita de los principales productos alimentarios de consumo local 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía alimentaria o porcentaje de la población que está subalimentada** • Gasto medio familiar en alimentos para los tres últimos deciles de la población o los grupos vulnerables

CUADRO 4

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

(*Indicadores de los objetivos de desarrollo del Milenio)

	Salud reproductiva	Mortalidad infantil y atención de la salud	Entorno natural y de trabajo	Prevención, tratamiento y control de las enfermedades	Accesibilidad de los centros de salud y los medicamentos esenciales
Indicadores de proceso	Instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes al derecho a la salud ratificados por el Estado				
	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia y alcance del derecho a la salud en la Ley suprema, la Constitución o la Declaración de Derecho • Vigencia y alcance de las leyes nacionales pertinentes a la aplicación del derecho a la salud • Número de organizaciones de la sociedad civil registradas que participan en la promoción y la protección del derecho a la salud • Porcentaje estimado de nacimientos, defunciones y matrimonios inscritos mediante un sistema de registro civil 				
	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia y alcance de la política nacional sobre la salud materna y reproductiva. • Existencia de una ley sobre el aborto y la discriminación del feto por su sexo 	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia y alcance de la política nacional sobre salud y nutrición infantiles 	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia y alcance de la política nacional de salud. • Vigencia y alcance de la política nacional para los discapacitados físicos y mentales. • Vigencia y alcance de la política nacional sobre medicamentos, incluidos los medicamentos genéricos. 		
	<ul style="list-style-type: none"> • Número de denuncias relativas al derecho a la salud recibidas, investigadas y resueltas por la institución nacional de derechos humanos, el <i>Ombudsman</i> de derecho humanos, una institución especializada y otros mecanismos administrativos (creados para proteger los intereses de grupos concretos de la población) en el período señalado. • AOD neta para el sector de la salud recibida o proporcionada, como porcentaje del gasto público en sanidad o el ingreso nacional bruto 				

	Salud reproductiva	Mortalidad infantil y atención de la salud	Entorno natural y de trabajo	Prevención, tratamiento y control de las enfermedades	Accesibilidad de los centros de salud y los medicamentos esenciales
	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de partos con asistencia de personal sanitario especializado* • Porcentaje de mujeres que reciben asistencia prenatal y posnatal • Porcentaje de mujeres en edad de procrear que usan anticonceptivos o cuya pareja usa anticonceptivos 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de escolares que reciben educación sobre cuestiones de salud • Porcentaje de niños que se someten periódicamente a un reconocimiento médico • Porcentaje de niños cubiertos por programas de suplemento de la nutrición 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población con acceso sostenible a mejores fuentes de abastecimiento de agua* • Porcentaje de la población con acceso a mejores servicios de saneamiento* 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población cubierta por los programas de sensibilización sobre la transmisión de enfermedades (por ejemplo el VIH/SIDA)* • Porcentaje de la población (mayor de 1 año) inmunizada contra enfermedades que se pueden prevenir con una vacuna 	<ul style="list-style-type: none"> • Gasto público per cápita en atención primaria de la salud • Densidad del personal médico y paramédico y de camas de hospital • Porcentaje de la población con acceso estable a medicamentos esenciales*
Indicadores de resultados	<ul style="list-style-type: none"> • Interrupciones del embarazo por razones médicas, como porcentaje de los nacidos vivos • Tasa total de fecundidad y tasa de fecundidad de la población adolescente 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de niños de un año inmunizados contra enfermedades que se pueden prevenir con una vacuna (por ejemplo, el sarampión)* 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población que utiliza combustibles sólidos* • Número de casos de deterioro de manantiales que se han llevado ante la justicia 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población que aplica medidas preventivas eficaces (por ejemplo, contra el VIH/SIDA o el paludismo)* 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población cubierta por un seguro médico • Porcentaje de la población que utiliza sistemas indígenas o alternativos de atención de la salud

	Salud reproductiva	Mortalidad infantil y atención de la salud	Entorno natural y de trabajo	Prevención, tratamiento y control de las enfermedades	Accesibilidad de los centros de salud y los medicamentos esenciales
Indicadores de resultados	<ul style="list-style-type: none"> • Casos denunciados de mutilación genital, violación y otros tipos de violencia que limitan la libertad sexual y reproductiva de la mujer 		<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de la población que vive o trabaja en condiciones peligrosas 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de los casos de enfermedades detectadas y curados (por ejemplo, la tuberculosis)* • Incidencia del uso indebido de sustancias (por ejemplo, alcohol y sustancias químicas y psicoactivas) 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de discapacitados físicos o mentales que tienen acceso a servicios de instituciones públicas o sociales • Porcentaje del gasto público en medicamentos esenciales cubierto por la ayuda internacional
	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de nacidos vivos con insuficiencia ponderal al nacer • Tasa de mortalidad perinatal • Tasa de mortalidad materna* 	<ul style="list-style-type: none"> • Tasa de mortalidad infantil y de los niños menores de 5 años* • Porcentaje de niños menores de 5 años con un peso inferior al normal* 	<ul style="list-style-type: none"> • Porcentaje de defunciones, enfermedades o lesiones causadas por un entorno natural y de trabajo inseguro 	<ul style="list-style-type: none"> • Tasas de prevalencia y mortalidad asociadas a enfermedades transmisibles y no transmisibles (por ejemplo, el VIH/SIDA, el paludismo y la tuberculosis)* • Prevalencia de la discapacidad y porcentaje de personas con discapacidad mental • Esperanza de vida al nacer y/o a 1 año, y esperanza de vida ajustada en función del estado de salud • Tasas de suicidio 	

4.2 La Declaración del Milenio y los indicadores sociales

En septiembre de 2002, en la Declaración del Milenio, a través de la resolución A/RES/55/2 de la Asamblea General de la ONU, 147 Jefes de Estado y de Gobierno y un total de 189 países se declararon empeñados en hacer realidad para todos el derecho al desarrollo y en poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad. Reconocieron que el progreso se basa en un crecimiento económico sostenible que debe concentrarse en los pobres y, particularmente, en los derechos humanos. El objetivo de la Declaración es promover un “enfoque amplio y una estrategia coordinada que aborden muchos problemas simultáneamente en varios frentes”.

A grandes rasgos, podemos decir que en la Declaración se pide reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día. Ello supone también hallar soluciones para el hambre, la malnutrición y las enfermedades, promover la igualdad de los géneros y la autonomía de la mujer, garantizar la educación básica para todos y apoyar los principios del Programa 21 relativos al desarrollo sostenible. Los países más ricos deberán apoyar directamente a los países en desarrollo en forma de ayuda, comercio, alivio de la deuda e inversiones.

A fin de facilitar la supervisión de los progresos, la Secretaría de las Naciones Unidas y los organismos especializados del sistema de las

Naciones Unidas, junto con representantes del Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la OCDE, definieron un conjunto de objetivos y metas cuantificables y sujetos a plazos, para luchar contra la pobreza, el hambre, las enfermedades, el analfabetismo, el deterioro ambiental y la discriminación contra la mujer. Asimismo, los expertos internacionales seleccionaron indicadores pertinentes que se utilizarán para evaluar los progresos efectuados entre 1990 y 2015, año en el que se espera alcanzar las metas. Anualmente, el Secretario General preparará un informe sobre los progresos efectuados en la aplicación de la Declaración, a partir de datos sobre los 48 indicadores seleccionados, agregados en los planos mundial y regional.

En estrecha cooperación con los organismos y fondos de las Naciones Unidas, la División de Estadística de las Naciones Unidas coordina los análisis de los datos y mantiene una base de datos que contiene series relacionadas con los indicadores seleccionados, así como con otras series de antecedentes destinadas a complementar los 48 indicadores básicos del Milenio a la hora de realizar análisis más profundos⁶⁴. En síntesis, la Declaración del Milenio aprobó un marco de 8 objetivos, 18 metas y 48 indicadores para medir los progresos hacia el logro de los objetivos de desarrollo.

Revisados estos indicadores, notamos que muchos de ellos intentan obtener datos desglosados sobre la situación de los derechos humanos en los grupos vulnerables

64 Las cifras contenidas en la base de datos provienen de series internacionales compiladas por los diferentes organismos. La disponibilidad de los datos necesarios para calcular los indicadores en cada país depende de la capacidad de los respectivos servicios de estadística nacionales. En muchos casos se utilizan estimaciones cuando no existen datos del país o los datos disponibles adolecen de graves problemas de calidad. Véase al respecto, <http://millenniumindicators.un.org/unsd/mispa/mi.goals.aspx>

y marginados frente al resto de la población, muy acorde con un criterio similar externado por el informe de indicadores elaborado por los expertos, anteriormente analizado⁶⁵, como susceptible a incorporar. En el fondo, estamos ante la ideación de mecanismos de observancia y justiciabilidad en el ejercicio de los derechos humanos, debido a que estamos ante acciones de interés público pueden representar una estrategia viable para realizar avances en cuanto a los Objetivos del Milenio (ODM). Por consiguiente, haciendo gala de la citada estrategia, sería interesante adoptar indicadores como bien lo expone AZZAM:

“ (...) ya que los citados objetivos pueden ofrecer una medida relativamente clara del desempeño de un Estado y, en particular, de la voluntad política de implementar, por lo menos, algunas de sus obligaciones en las esferas de los derechos sociales y económicos. Entre tanto, la dificultad radica en la definición de la naturaleza de las obligaciones del Estado en relación con sus ciudadanos más allá del marco, por lo general aceptado, de las realizaciones progresivas hasta el “máximo de recursos disponibles”. ¿Podrían los abogados de derechos humanos buscar obligaciones legales más claras y específicas, transfiriéndolas al Estado para que puedan formar la base del litigio de interés público?”⁶⁶

Asimismo, es importante destacar que para cada uno de los indicadores diseñados en los ODM, se ha requerido el concurso y se contempla el aporte de la organización especializada de las Naciones Unidas, que ha fijado los parámetros de observancia

de cada uno de los cuarenta y ocho indicadores. Precisamente, vamos a destacar seguidamente, el avance en la formulación de indicadores, concebidos por diferentes instancias dentro del sistema universal de la ONU y a repasar sucintamente su experiencia en esta área en concreto.

4.3 Indicadores establecidos por diferentes organismos dentro del Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas

En este último punto, nos interesa destacar los diferentes progresos que se han gestado en el ámbito de la justiciabilidad de los DESC, a través del sistema de indicadores en el seno de las Naciones Unidas. Vamos a referirnos a algunos ejemplos, surgidos de la actividad desplegada por los organismos convencionales –Comité de DESC–; organismos especializados y relatorías especiales, con la finalidad de mostrar como se ha desarrollado el uso de indicadores en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

4.3.1 Indicadores de derecho a la salud

El Comité de DESC en su Observación General No 14 (“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, art. 12”), ha establecido en forma precisa el contenido del derecho a la salud, así como las obligaciones básicas que tiene el Estado, en lo que se refiere a este ámbito⁶⁷. Asimismo, sobre los indicadores, ha manifestado básicamente

65 ONU, “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento...”, Op Cit, párrafos 31-32, pág 16

66 AZZAM, (Fateh) “Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos del Milenio” Sur: revista internacional de derechos humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos, Sao Paulo, año 2 número 2, edición en español, 2005 pág 27

67 Ver los párrafos 11, 43 y 44 de la citada observación general. ONU, HRI/Gen/1/Rev.5, Op Cit.

lo siguiente en los párrafos 57 y 58: “Los Estados podrán obtener una orientación respecto de los indicadores pertinentes del derecho a la salud -que permitirán abordar los distintos aspectos de ese derecho- de la labor que realizan al respecto la OMS y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Los indicadores del derecho a la salud requieren un desglose basado en los motivos de discriminación prohibidos.(...) En los cinco años siguientes, el Estado Parte utilizará esas bases de referencia nacionales para vigilar la aplicación del artículo 12. Posteriormente, durante el proceso ulterior de presentación de informes, el Estado Parte y el Comité determinarán si se han logrado o no esas bases de referencia, así como las razones de las dificultades que hayan podido surgir”.

Por su parte, el Relator Especial para el derecho a la Salud, Sr. Paul Hunt, agrega una serie de variables sumamente interesantes a ser tomadas para encausar los indicadores en el citado derecho. El Relator sugiere que en un primer momento se preste especial atención a las siguientes categorías de indicadores del derecho a la salud, establecidas por él mismo: indicadores estructurales, indicadores de proceso e indicadores de evolución. En el sentido amplio, los **indicadores estructurales** determinan si existen estructuras, sistemas y mecanismos fundamentales considerados necesarios para la realización o la promoción

del derecho a la salud. El **indicador de proceso**, mide el grado de realización de las actividades necesarias para alcanzar algunos objetivos de salud y los progresos de esas actividades en el transcurso del tiempo. En cierta forma, determinan el esfuerzo que se está haciendo, no el resultado. Por último, el **indicador de evolución**, valora los resultados de las políticas relacionadas con la salud. Estos indicadores revelan “hechos” sobre la salud de las personas, como por ejemplo la mortalidad materna, la prevalencia de VIH, la prevalencia de la violación, etc⁶⁸.

4.3.2 Indicadores de derecho a la educación

Se han distinguido con relación a la educación, cuatro tipos de obligaciones fundamentales que deben dimanar del Estado: 1-disponibilidad, 2-accesibilidad, 3- aceptabilidad y 4-adaptabilidad, según lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Concretamente en su Observación General número 11 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha abordado inicialmente el tema de la disponibilidad, así como los otros temas que nos ocupan.

La segunda obligación del Estado se refiere a la accesibilidad y se refiere a que como mínimo, los gobiernos están obligados a garantizar el goce del derecho a la educación

68 Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General, “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Tema 117 c) del programa, -Cuestiones Relativas a los derechos humanos: situaciones relativas a los derechos humanos e informes de relatores y representantes especiales, A/58/427, español, 10 de octubre del 2003, párrafos 25 y sgtes.

69 Programa Internacional de Becas en Derechos Humanos y Asian Forum for Human Rights and Development, Círculo de Derechos: Una Herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, Módulo 16 “El derecho a la educación”, Washington 2000, pág 344. Sobre la Accesibilidad, se ha establecido que “las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente” pág 357.

garantizando el acceso de toda persona a las instituciones educativas existente, en condiciones de igualdad y no discriminación⁶⁹. Asimismo, un especialista de la Organización de las Naciones Unidas, sugiere un proceso de tres pasos para identificar y utilizar criterios nacionales para medir los resultados obtenidos por los estados en la esfera del derecho a la educación: primero, seleccionar indicadores claves, segundo, establecer criterios nacionales; y tercero, vigilar los criterios nacionales⁷⁰.

4.3.3 Indicadores de derecho al trabajo

La tutela a un efectivo derecho al trabajo, debe ligarse a la de “trabajo decente”, pregonado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La noción de trabajo decente fue planteada por el Director General de la OIT en la memoria de la 87va reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra 1999, y ha sido definido como el “*trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con una adecuada protección social*”⁷¹. Este tipo de trabajo decente se caracterizaría entonces, por los siguientes componentes: a) trabajo productivo; b) con protección de derechos; c) con ingresos adecuados; y d) con protección social⁷².

La OIT, elaboró una serie de *indicadores de trabajo decente*⁷³, los cuales tienen la misión de señalar caminos a seguir y respetar, tratándose del entorno laboral. Ahora bien, de nuestra parte distinguimos diferentes modalidades de indicadores dentro de los sugeridos por

la citada organización: en primer lugar, los **indicadores remunerativos** (ocupación productiva y justamente remunerada), éstos buscan establecer las relaciones entre el porcentaje de empleo y como se expresa en el índice salarial. Distinguimos un segundo grupo, al que hemos denominado **indicadores contractuales** (condiciones de libertad), que examina la calidad de los contratos laborales, expresados en las jornadas cuantitativas de horas prestadas. Es decir, hablamos de contratos a tiempo parcial, el subempleo etc. También, tenemos una variable cualitativa, en el sentido de las posibilidades reales de libertad que tengan los trabajadores para organizarse y defenderse a través de los instrumentos formales del Estado de Derecho, como sería los convenios colectivos.

Asimismo, visualizamos los **Indicadores discriminativos** (ocupaciones en equidad), cuya finalidad se cierne en eliminar dualidades o diferencias entre género, nacionales y no nacionales, ciudadanos del país y etnias ancestrales, etc. El otro indicador, es el relativo a los **Indicadores con medidas de seguridad ocupacional**. En este último, se analizan exhaustivamente las condiciones de salud de la población trabajadora, desde diferentes ópticas: inspección de trabajo, seguridad social, riesgos de trabajo o profesión, entre otros. Por último, el indicador de **respeto a la dignidad**, se refiere a las formas en que el trabajador o trabajadora, está invirtiendo su vida, en la labor cotidiana desplegada. Con ello, busca analizar que el ingreso sirva para satisfacer las necesidades básicas, a la vez que propugna que no se reproduzcan

70 Círculo de Derechos, Op Cit, pág 349.

71 CINTERFOR (Oficina Internacional del Trabajo), “Formación para el Trabajo Decente”, Ginebra, 2001, pág. 15.

72 Ibíd, pp 15-16.

73 Pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oit.or.cr/estad/tld>

situaciones de marginalidad o explotación, con el empleo/subempleo de menores de edad.

4.3.4 Indicadores de Desarrollo Humano

Nos interesa destacar la práctica del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en la que desde que se publicó el primer Informe sobre Desarrollo Humano en 1990 en los Informes, se ha presentado el índice de desarrollo humano (IDH) como una medición compuesta del desarrollo humano. A partir de entonces, se han creado tres índices complementarios, a saber, el índice de pobreza humana (IPH), el índice de desarrollo relativo al género (IDG) y el índice de potenciación de género (IPG). El índice de desarrollo humano, mide el progreso general de un país en tres dimensiones básicas del desarrollo humano, a saber, la longevidad, los conocimientos y un nivel de vida decoroso. se mide a partir de la esperanza de vida, el nivel educacional (la alfabetización de adultos y la matriculación combinada en las enseñanzas primaria, secundaria y terciaria) y el ingreso per ajustado por la paridad del poder adquisitivo. El segundo índice –sea el índice de pobreza humana (IPH)-, refleja la distribución de ese progreso y mide el cúmulo de privaciones que persisten. El IPH mide las privaciones en las mismas dimensiones del desarrollo humano básico que el IDH. Por su parte, el Índice de desarrollo relativo al género (IDG) mide el progreso en las mismas dimensiones y utiliza los mismos indicadores que el IDH, pero refleja las desigualdades en el progreso entre el hombre y la mujer. Finalmente, el índice de potenciación de género (IPG) revela si la

mujer puede participar activamente en la vida económica y política, registrando porcentajes de mujeres en el parlamento, así como entre los funcionarios superiores y administradores, profesionales y los trabajadores técnicos⁷⁴.

Los indicadores que se utilizan en el Informe sobre el Desarrollo Humano reflejan el amplio volumen de la información disponible internacionalmente. Para poder hacer comparaciones entre países y a lo largo del tiempo, siempre que es posible, los cuadros del Informe se basan en datos estandarizados internacionalmente, recopilados y procesados por organismos afines del sistema internacional o, en unos pocos casos por otros organismos. Esas organizaciones, ya sea cuando recopilan datos de fuentes nacionales o cuando lo hacen mediante sus propias encuestas, armonizan las definiciones y los métodos de recopilación de datos para que tengan la mayor comparabilidad internacional posible⁷⁵.

V. Consideraciones Finales

Una vez llegados a este punto, hemos querido mirar retrospectivamente la *justiciabilidad* que se ha ido generando a través del sistema de indicadores en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Estos mecanismos han servido para precisar, detallar y respetar un “contenido mínimo” de prestación brindada para el disfrute de los DESC. Apesar que desde un inicio en el plano normativo internacional, se apostó a la idea de programaticidad, disponibilidad presupuestaria, construcción paulatina, para tales derechos, se hace

imperioso resaltar que en la actualidad, esta tendencia se ha revertido. Las diferentes instancias que componen o dependen del sistema universal de protección a los derechos humanos, han incorporado a su quehacer la necesidad de clarificar cuales son las obligaciones derivadas de DESC que deben respetar los Estados, y por esta razón han diseñado indicadores sociales como una manera idónea para cumplir dicho cometido.

Este cambio de paradigma se encuentra enormemente influenciado por el informe de adopción de indicadores para la observancia de los tratados internacionales de derechos humanos; asimismo a través del sistema de observaciones generales, el Comité de DESC de la Organización de las Naciones Unidas ha establecido criterios basados en parámetros cuantificables y objetivos, en aras de respetar y hacer más justiciables los derechos

económicos, sociales y culturales. Igualmente, los organismos especializados y las Relatorías Especiales nombradas por la ONU, han hecho un interesante y valioso aporte al respecto, según lo hemos expuesto. Por todo lo antes dicho, solo restaría incorporar en el futuro a las normas de derecho internacional que tutelen DESC, los criterios indicativos o delimitantes sobre los que se va a basar la justiciabilidad de la obligación. De esta manera, daremos sustento normativo a una realidad que a ciernes se viene implementando en el sistema universal de derechos humanos, y que tan evidente es, que se hace imposible ignorarla. El camino de la trazabilidad de la eventual justiciabilidad de los DESC se encuentra en franco auge y dispuesto a evolucionar aún más. Este es un tremendo reto que esperamos quede planteado en estas breves líneas y listo a ser asumido por los operadores jurídicos internacionales.

74 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2001”, publicado por PNUD, Madrid-Barcelona-México, 2001, pág 16.

75 *Ibid.*, pág 137.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, (Víctor) y COURTIS, (Christian) “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta S.A., Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002.

ABRAMOVICH, (Víctor) “**Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados**” Sur: revista internacional de derechos humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos, Sao Paulo, año 2 número 2, edición en español, 2005.

AZZAM, (Fateh) “**Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos del Milenio**” Sur: revista internacional de derechos humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos, Sao Paulo, año 2 número 2, edición en español, 2005 .

BOLIVAR,(Ligia), “**Derechos económicos, sociales y culturales : derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in) experiencia de América Latina**” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V, primera edición, San José, 1996.

CANCADO TRINDADE, (Antonio), “**La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**”, en Serie “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Europea, primera edición , San José, 1993.

----- “**Relaciones entre el desarrollo sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes**”, en Serie “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Europea, primera edición , San José, 1994.

CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), “Derechos Sociales : Teoría e Ideología”, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

CHACÓN MATA, (Alfonso) “Derechos económicos, sociales y culturales: indicadores y justiciabilidad”, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 43, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao-España, 2007.

CINTERFOR (Oficina Internacional del Trabajo), “Formación para el Trabajo Decente”, Ginebra, 2001.

Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), “La Igualdad de los Modernos : reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José -Costa Rica, 1997.

EIDE, (Asbjorn), “Economic, Social and Cultural Rights : a textbook”, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995.

GIL, (Amparo) “La Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito del Derecho Internacional”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1992.

GROS ESPIELL, (Héctor), “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1988.

KÜNNERMAN, (Rölf), “**A Coherent Approach to Human Rights**”, en Human Rights Quarterly, Vol 17, No 2, The Johns Hopkins University Press, may 1995, Maryland, 1995.

KÜNNERMAN, (Rölf), “**The Right to an Adequate Standart of Living**”, International Institute of Human Rights, Lecture 2, 1-26 July 1996, 27th Study Session Strasbourg-France, 1996.

MAYORGA LORCA, (Roberto), “Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, 1990.

MERA FIGUEROA, (Jorge), Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Seminario Los DESC : Desafío para la Democracia”, 15-16 de diciembre de 1987, Santiago, 1988.

Organización de Estados Americanos (OEA), **Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986**, OEA/Ser.L/III.15, doc.13, 29 agosto 1986

Organización de Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Lineamiento para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales” OEA/Ser/L/V/II.129 Doc.5, original español, 5 de octubre 2007.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo Económico y Social, “**Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales: Consulta internacional sobre “Los derechos económicos, sociales y culturales en las actividades de las instituciones internacionales relacionadas con el desarrollo”**”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 25º período de sesiones, Ginebra, 23 de abril al 11 de mayo del 2001, Tema 5 del programa provisional, E/C.12/2001/5 12 de marzo del 2001.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/Gen/1/Rev.5, versión español, 26 de abril del 2001.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General, “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Tema 117 c) del programa, -Cuestiones Relativas a los derechos humanos: situaciones relativas a los derechos humanos e informes de relatores y representantes especiales, A/58/427, español, 10 de octubre del 2003.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) Consejo Económico y Social **“Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho a la educación” Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos**, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, Tema 10 del programa provisional, E /CN.4/2005/50 del 17 de diciembre del 2004.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), **“Seminario sobre indicadores apropiados para medir los alcances en la realización progresiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”**, Mimeo, versión preliminar.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos **“Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos”**, 18ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006; Quinta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 19 a 21 de junio del 2006, español, HRI/MC/2006/7 del 11 de mayo del 2006.

Organización Panamericana de la Salud para todos en el año 2000, **“Plan de acción para la instrumentación de las estrategias regionales”**, Documento oficial No 179, Washington 1982.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) **“Informe sobre Desarrollo Humano 2000”**, publicado por PNUD, Ediciones Mundi Prensa, Madrid-Barcelona-México, 2000.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) **“Informe sobre Desarrollo Humano 2001”**, publicado por PNUD, Madrid-Barcelona-México, 2001.

Programa Internacional de Becas en Derechos Humanos y Asian Forum for Human Rights and Development, **Circulo de Derechos: Una Herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales**, Módulo 16 “El derecho a la educación”, Washington 2000.

ROBERTSON, (Robert E.), **“Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the “maximum available resources” to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”**, en Human Rights Quarterly, Vol 16, No 4, The Johns Hopkins University Press, Nov 1994, Maryland, 1994.

ROJAS ARAVENA, (Francisco) **“Centroamérica: Indicadores Socioeconómicos para el Desarrollo”**, Ediciones FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, primera edición, San José, 1983.

SALINAS, (Alejandro), en COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, **“Seminario Derechos Económicos, Sociales y Culturales”**, Bogotá-Colombia, 1995.

TERRE DES HOMMES, **“El Derecho a la Equidad : Ética y Mundialización Social”**, Icaria Editorial, primera edición, Barcelona, octubre 1997.

UNESCO, **“Guide to Interpretation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”**, March 24-25, 1983.

VASQUEZ,(Enrique), **“Hacia una Nueva Concepción de los Derechos Humanos”**, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 5, San José, enero-junio 1987.

Direcciones correo electrónico

http://millenniumindicators.un.org/unsd/mispa/mi_goals.aspx

<http://www.oit.or.cr/estad/td/>

¿ES CONVENIENTE EL AMPARO CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES?

Dr. Fernando Zamora Castellanos¹

Sabemos que la jurisdicción de la constitución es el conjunto de instrumentos que aspiran conseguir para la vida jurídica de una nación la operatividad normativa de la ley fundamental. Parafraseando a Aguiar de Luque “*dotar a dicho texto de virtualidad en cuanto norma jurídica a la que de este modo han de adecuar su actuación los poderes públicos.*”²

Es una nueva actuación del poder público con propia singularidad, en la que siendo su objetivo afianzar la plena normatividad de la constitución, a la vez comparte características propias de otras funciones tradicionales como la legislativa, ejecutiva o judicial.

De ahí que sea aconsejable que la jurisdicción constitucional abarque aquellas expresiones de la actividad jurídica en las que el virtual alcance de la norma fundamental pueda verse afectada o transgredida, lo que actualmente es muy probable en razón de que nos referimos a una primaria fuente de derechos.

Esta situación otorga a los órganos jurisdiccionales constitucionales una capacidad o potencia multifacética de gran proyección en distintas áreas del acontecer social, y una gran posibilidad de que -por esta vía-, se instaure el gobierno de los jueces, lo que al menos en nuestro país resulta ya un lugar común de la crítica que hacen algunos sectores.

Sabemos que la justicia constitucional debe estar regida en sus actuaciones no por consideraciones de oportunidad política sino por el método jurídico. Lo que da su sentido existencial es la garantía de la constitución como norma, lo que si bien es cierto implica una interpretación celosa con la literalidad del texto constitucional que impida el desbordamiento de los principios bajo la justificación de valores que resulten superar los protegidos por el derecho de la Constitución, esto no debe significar tampoco, que una interpretación rigurosa impida la pluralidad de posibilidades políticas.

1 Doctor en Derecho Constitucional por el Programa Latinoamericano de Doctorado en derecho entre la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT. Summa Cum Laude. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias dentro de las que destaca ser docente de la Maestría en derecho constitucional de la Universidad Interamericana de Costa Rica. Autor de diversas obras jurídicas entre las que se encuentran: *Militarismo y Estado Constitucional en Costa Rica* (Editorial Investigaciones Jurídicas 1997) *Principios de interpretación procesal legislativa costarricense* (Editorial Juricentro 1998) y *Los ideales constitucionales costarricenses* (Editorial Juricentro 2002 y Editorial Univ.SJ. 2da edición 2009) *El origen del ideal constitucional (actualmente en prensa)* Ha sido además directivo bancario y Asesor Parlamentario de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Nominado al Premio Ulises Odio Santos de la Corte por sus obras jurídicas, según acuerdo de la Comisión de Publicaciones del Poder Judicial No. 05-03 del 10 de Noviembre del 2003. Abogado litigante, notario público y consultor jurídico con extensa experiencia.

2 Aguiar de Luque, Luis. Jurisdicción constitucional. Editorial Juricentro 1993.

En todo caso, aparte de discernirla de la función legislativa de la justicia constitucional, también debemos diferenciarla de la función estrictamente judicial, esto es, de limitarla al reduccionismo de la actividad en la que un órgano ajeno y objetivo a las partes se limita a aplicar el derecho ante la controversia planteada.

Surgiendo como una expresión más de la actividad jurisdiccional y que en otras naciones la justicia constitucional la ejerce la jurisdicción ordinaria, debemos determinarla como función autónoma, lo que implica otorgarle un carácter de verdadera jurisdicción cuya autonomía la distinga frente a la jurisdicción ordinaria.

Esto por cuanto, en los casos que se confrontan ante la jurisdicción constitucional se juegan los grandes ideales del colectivo nacional y sus valores esenciales. Las implicaciones de las resoluciones constitucionales pesan en la realidad sociopolítica de la nación de una forma mucho más contundente que como lo hacen las resoluciones de la justicia ordinaria. La relación entre la legislación y el resto del orden jurídico se diferencia de la relación entre constitución y la ley, y finalmente, la interpretación constitucional representa una razonabilidad diferente de la que demanda una estricta interpretación legal.

Ahora bien, es claro que la fuente de transgresión del texto fundamental puede provenir ya sea por la "eficacia de los enunciados constitucionales en las relaciones entre privados", -lo que significa la posibilidad de que la vulneración sea una consecuencia de la conducta privada-, o por otra parte, producto del proceder de los poderes públicos mediante actos cuyos

receptores serán los individuos o en su lugar actos de proyección general.

En el caso de estos últimos requieren de un control de constitucionalidad distinto en razón de la jerarquía del autor y del hecho que la ley es resultado de un poder que se constituye con legitimidad democrática, lo que lo diferencia de las otras dimensiones de la justicia constitucional, amén de la escala de abstracción que eleva los requerimientos en el proceso comparativo de ella en relación al texto fundamental.

Adiferencia de lo anterior, los actos sospechosos de transgredir el texto constitucional que son individualizables, ya sea provenientes tanto de un poder público como privado, refiéranse ellos de naturaleza judicial o administrativa, representan una manifestación de otro rango en relación con aquella, subordinada a la fuerza de la ley y por ende sujeta a control por parte de los Tribunales. Además, tratándose como se indicó de actividad individual o singular, el proceso al que se subordinan es esencialmente de jurisdicción strictu sensu, lo que implica que se subsumen del hecho particular al imperativo general. En razón de lo anterior y ante actividad enmarcada en ese último cuadro fáctico, no debería existir problema en que la defensa de la norma fundamental sea realizada por órganos comunes de justicia, tal cual sucede en otras naciones en donde existe una protección difusa o distribuida en el resto del sistema jurisdiccional y unificando a un tiempo el estado de juez de ley y de constitución.

Siguiendo a García Pelayo³, sabemos que la tradición de los sistemas jurídicos nos

impone diversos mecanismos de los órganos legitimados para administrar la justicia constitucional. Estas tradiciones siguen criterios de especialización o no, criterios de centralización o difusión de la siguiente manera citados sucintamente:

1. **Jurisdicción especializada y centralizada en un Tribunal único para todo el país**, caso, por ejemplo, de Italia y España.
2. **Jurisdicción centralizada y relativamente especializada**: la materia constitucional se encomienda a una sala especializada de la Corte Suprema, sistema frecuentemente seguido y, hasta podríamos decir, originario de Iberoamérica, aunque también se extiende a otros países.
3. **Jurisdicción centralizada y no especializada**: solo un tribunal que normalmente es la Corte Suprema y, por tanto, no es específicamente constitucional, puede entender de los litigios constitucionales.
4. **Jurisdicción descentralizada y especializada**: es el caso de Alemania Federal donde junto al Tribunal Constitucional Federal, único competente para juzgar de la constitucionalidad de los actos en relación con la Ley fundamental, pueden existir tribunales constitucionales en relación con sus propias constituciones y autoridades.
5. **Jurisdicción descentralizada y no especializada**: cualquier juez o tribunal pueden entender de la constitucionalidad, sin perjuicio de su apelación hasta la Corte Suprema que, en su caso, decide definitivamente. Tal es, con matización es

que no son del caso, el sistema originado en los Estados Unidos y extendido a otros países.

En razón de la existencia en otras naciones, de la figura del amparo contra resoluciones del poder judicial, sabemos que un sector de la doctrina nacional cuestionó la inconveniencia del amparo contra los actos jurisdiccionales de los tribunales de la república, sosteniendo que no existía justificación jurídica alguna que alentara dicha inconveniencia.

En un voto anterior, la Sala constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad invocando la identificación entre la acción de inconstitucionalidad y los otros remedios de la jurisdicción como lo es el Habeas corpus o el amparo, para lo cual declaró entonces la Sala, en relación, que ésta se pronunciaba en cuanto a la constitucionalidad de un acto u omisión ante un caso concreto, todo en función de reafirmar la inconveniencia del amparo contra las resoluciones judiciales.

Los argumentos fundamentales que esgrimieron los críticos radican en primer término en la distinta naturaleza histórica doctrinaria y jurídica del recurso de amparo y de habeas corpus en relación con las cuestiones de constitucionalidad.

Así mismo en la injusticia derivada de la diferenciación que se hizo para aplicar la intervención en los recursos de habeas corpus pero no hacerlo en el caso del amparo, sobre la base que tal y como los jueces pueden transgredir los derechos fundamentales tutelados por el habeas corpus, igualmente la transgresión jurisdiccional puede ser tal para el caso de los derechos protegidos en la vía del amparo mediante interpretaciones erradas o aplicaciones inadecuadas frente al

3 García Pelayo, M. Obras completas. Madrid 1991.

derecho de la Constitución, por lo que imponer una distinción caprichosa representa una justificación contradictoria o arbitraria.

Una tercera crítica lo fue por el hecho de que la norma fundamental no establece prohibición alguna de amparar las resoluciones de los jueces, lo que implica, en función del principio pro libertatis, que debía entenderse que existe una tácita autorización para la aplicación del instituto, por lo que la interpretación constitucional de marras había impuesto una prohibición ilegítima.

Si se me permite un criterio, creo que debe ser consustancial a todo amante del ideal constitucional la promoción de una cada vez mayor difusión de la cultura constitucional, tanto desde la perspectiva del fomento del derecho de la Constitución en las autoridades administrativas, del fomento agresivo de la cultura constitucional en el estamento jurisdiccional ordinario de la república, como aún de la promoción de la cultura constitucional en la sociedad general.

¿Qué implica esto? Esto implica, por una parte, la imperatividad que se le impone al juez ordinario de tener absoluta claridad acerca de su responsabilidad frente a la adecuada aplicación del derecho de la constitución y sus ideales, esto es, todo juez debe ser acreedor de una cultura constitucional. Por otra parte, el sistema debe abrir sus compuertas, en la mayor medida posible y en el tanto no lo impida la ley fundamental, a una cada vez mayor fiscalización y control de constitucionalidad de una máxima generalidad de actos, resoluciones y normas. El escenario optimo pero muchas veces no del todo posible es el de una generalizada cultura constitucional de los jueces, como fue la aspiración de la Sala

en su combatida jurisprudencia aludida, en donde afirmó que la protección de los derechos fundamentales no era procedente contra los jueces en el tanto *“el ejercicio de la judicatura debe estar en manos de personas que por su conocimiento, rectitud y experiencia están en la obligación de respetar y hacer respetar el derecho de la Constitución”* Este es el ideal o como ya indiqué -el escenario óptimo-, pero que lamentablemente no es una realidad incólume. No cabe duda de la probidad y alto nivel generalizado de nuestro estamento judicial -sin que por este hecho-, no sea una latente realidad la excepción de la resolución errada o la incorrecta interpretación atentatoria contra los valores de la ley fundamental.

La contundencia de esta realidad me da la convicción de no ver la inconveniencia del amparo contra las resoluciones judiciales. En materia tan cara como lo son las libertades de la república, toda propensión del ordenamiento a estimular su protección y defensa debe ser promovida.

No dejo de reconocer la dificultad de este óptimo escenario, pero también creo que el único obstáculo frente a esta optimización, sea un problema de viabilidad logística práctica, esto por la ampliamente reconocida sobresaturación de la actividad jurisdiccional especializada. Pero una verdad de perogrullo es el hecho de que aquello que no avanza retrocede, por lo que el perfeccionamiento de nuestra justicia de la constitución es una necesidad que se torna urgente o insoslayable atendiendo al hecho de lo que está sucediendo en otras naciones cercanas en el hemisferio, en donde podemos afirmar que la justicia constitucional es un concepto formal o nominal en lugar de real -esto es-, no una realidad material normativa. Como lo señaló acertadamente Combe-

llas⁴ la subordinación de los jueces, la pérdida de su necesaria independencia, constituye la rémora mas perniciosa a la vigencia del estado de derecho, en la medida en que la ausencia de la certeza de las garantías jurisdiccionales menoscaba los derechos fundamentales del ciudadano y erosiona las más nobles intenciones. Sin seguridad jurídica sin credibilidad en una justicia imparcial, el estado de derecho pierde la substancia nutriente de su eficaz operatividad.”

El lamentable escenario del retroceso o nulo avance de los ideales constitucionales en nuestra América, se constata al leer el panorama que aquel autor planteaba para nuestro subcontinente en el año 1992 -diecisiete años hace, cuando sostenía cinco problemas fundamentales a saber, que entonces América latina debía superar con urgencia. Los señalaré nuevamente, de tal forma que podamos ser concientes de la gravedad del problema planteado y del nulo avance ante el incendio:

- 1- La resistencia del estamento militar a someterse a los dictados de la jurisdicción constitucional, fundamentalmente en lo referente a la protección de los derechos humanos.
- 2- La endeblez institucional que permite abrir fácilmente las puertas a la arbitrariedad del poder.

- 3- La precaria presencia de un sentimiento y una conciencia constitucionales, consecuencia de no solo frecuentes reformas constitucionales, sino su manipulación reformista para satisfacer apetitos personalistas de poder.
- 4- El predominio de la Constitución Nominal sobre la Constitución Normativa.
- 5- La ausencia de una cultura constitucional moderna en la formación del abogado y en la judicatura, todavía fuertemente impregnada por el paradigma positivista. Una cultura jurídica rayana en la estulticia, donde todavía predominan loas rémoras del procedimentalismo y el leguleyismo, y por consiguiente cerrada a la moderna interpretación teleológica y axiológica del derecho.

Alejarnos cada día más como nación de ese desolador panorama es una responsabilidad inminente, por lo que todo avance que coadyuve en la sofisticación de la justicia constitucional debe ser, sin duda, promovida.

En conclusión, podemos afirmar la conveniencia de establecer las transformaciones legales, institucionales y jurisprudenciales de tal forma que en nuestro ordenamiento sea viable el amparo contra las resoluciones judiciales.

4 R.Combellas. Concepto Jurídico y bases teórico-constitucionales del estado de derecho. Contribuciones (año XI, 2 págs, 144-150)

ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL APLICABLES EN LA NUEVA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.

MSc. Mario Peña Chacón¹

“El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante, se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. La invitación es amplia abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”

Ricardo Luis Lorenzetti.

Los principios de prevención, precaución, contaminador pagador y reparación o solución a la fuente, necesitan de normas procesales que les permita su correcta aplicación en los procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental. Es claro que la prevención es el principio fundamental y la vez, la regla de oro tanto para el derecho de daños como en el derecho ambiental. Frente al daño nace la obligación de reparar, frente al riesgo nace la de prevenir. La experiencia indica que siempre será menos costoso prevenir que recomponer el daño al ambiente, esto por las singulares particularidades de este tipo especial de daño. Se debe prevenir aún el daño que es científicamente incierto, recayendo el deber de reparación en aquel o aquellos sujetos que por acción u omisión hayan participado en su consecución, siendo el deber de la Administración Pública prevenir el daño al ambiente y perseguir, por todos los medios posibles, a los sujetos culpables de su

detrimento, así como buscar su reparación, debiendo además abstenerse de realizar acciones y omisiones en su funcionamiento que lleguen a afectarlo, pues de ser así, sería responsable de la reparación ambiental y de indemnizar los derechos subjetivos vulnerados a sus administrados.

Para poder darle cumplimiento a lo anterior es necesario que los procesos donde se ventile la responsabilidad por daño ambiental, cuenten al menos con un sistema de legitimación procesal abierto donde se reconozcan los intereses difusos y colectivos, con normas especiales para su correcta integración y conformación; también es necesario dotar de mayores poderes al juez para la toma de medidas cautelares de forma expedita e inmediata que prevenga el posible daño o en su caso, paralice sus efectos, aún en aquellos supuestos científicamente inciertos; en la medida de lo posibles la carga de la prueba

¹ Consultor legal ambiental, profesor de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, mariopena@racsa.co.cr

debería invertirse recayendo en aquella parte procesal a la que se le achaca el daño, y cuando esto no sea posible, debería acudir a la efectiva colaboración de todos los afectados recayendo la carga en aquella parte procesal a la que le sea menos oneroso su evacuación; se le debe dar especial valor a la prueba indirecta de presunciones, a la prueba científica-técnica, y a la utilización de la sana crítica racional en su valoración; las sentencias ideales son aquellas con eficacia erga omnes cubriendo a todos los que se encuentren en idéntica situación fáctica, y cuya ejecución, por motivos del interés público ambiental, sea aún oficiosa.

El fin del presente ensayo es verificar si los principios antes descritos se encuentran contenidos dentro del nuevo proceso contencioso administrativo creado con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, jurisdicción que dentro de sus competencias conocerá de la responsabilidad por daño ambiental que se le impute a la Administración Pública.

1. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El primero de enero de 2008 entró en vigencia el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo² (CPCA) por medio del cual se pretende dotar de normas procesales

modernas a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa creada por el artículo 49 de la Constitución Política, cuyo fin es controlar judicialmente la legalidad de las actuaciones y omisiones de la Administración Pública, siendo su antecedente más cercano la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1966.³

El nuevo código está basado en los principios procesales de oralidad e inmediación de la prueba, donde el proceso se desarrolla a través de audiencias orales y únicamente serán escritos la interposición y contestación de la demanda, la sentencia y los recursos contra ella y los documentos, peritajes e informes que se adjunten a los expedientes. De igual forma, son de aplicación los principios procesales de concentración, celeridad, carga de prueba, dispositivo, impulso procesal, contradicción, identidad física del juzgador, búsqueda de la verdad real, publicidad, preclusión, impugnación y ejecución.⁴

Se privilegia el principio de celeridad con la reducción de plazos y de etapas en el proceso, frente a situaciones de emergencia o de puro derecho. Se dispone de un procedimiento mucho más ágil y expedito en donde se elimina la fase de la interposición y publicación de edictos.

Para ser más efectivo el proceso, la oralidad va acompañada de un sistema de gestión que pretende utilizar más recursos tecnológicos para comunicarse con las partes y convocar a las audiencias.

Otro aspecto a resaltar, es el hecho que el nuevo Código no se limita a revisar las actuaciones de la Administración Pública, sino también sus omisiones, bajo el entendido que el Estado puede lesionar derechos subjetivos, intereses legítimos, colectivos o difusos tanto con su accionar lícito o ilícito, normal o anormal, como con su renuencia a actuar tal y como se lo exige el bloque de legalidad.

Siguiendo la jurisprudencia establecida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, bajo el nuevo código tampoco es necesario agotar la vía administrativa como requisito previo para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. De esta forma, el agotamiento es opcional y el administrado elegirá si procede o no a agotarla o si, por el contrario, interpone el proceso con la simple existencia del acto previo. A la vez, existe la posibilidad del jerarca de corregir la conducta impugnada o modificarla total o parcialmente, dentro de los ocho días previos al emplazamiento,⁵ lo que permite a la Administración la rectificación de su actuación cuando no se ha agotado la vía administrativa o cuando se impugna una conducta omisiva, con lo que se evita la realización de todo el proceso.

El Código Procesal Contencioso Administrativo favorece tanto la legitimación individual como la colectiva, y reconoce la acción popular bajo reserva de ley. De esta forma se ha abierto la legitimación de los administrados, a tal punto que se admiten demandas interpuestas por menores de edad, así como por grupos, aún sin personalidad jurídica o patrimonio independiente.

Junto a esa capacidad ampliada de los ciudadanos para buscar justicia, también el juez recibe nuevas potestades con la ley. Otorga más poderes al juez a fin de que pueda garantizar la adopción de medidas cautelares adecuadas para el reconocimiento y el restablecimiento de la situación jurídica quebrantada por la conducta u omisión administrativa, y permite que pueda actuar de manera oficiosa en las diversas fases del proceso para promover la resolución del conflicto planteado. Las medidas cautelares contra las conductas y omisiones administrativas pueden dictarse antes y durante el proceso, con inclusión de la fase de ejecución. A la vez, viene a ratificar una tendencia marcada por el Tribunal Contencioso Administrativo, misma que ha sido confirmada por la Sala Constitucional, en cuanto a la posibilidad de adoptar de medidas de tipo suspensivas, sino también anticipadas y positivas.

El nuevo código establece garantías para que sea efectiva la ejecución de la sentencia firme, al permitir el embargo de ciertos bienes fiscales ante la renuencia del pago debido; reconoce la indexación en el caso de condena de obligaciones dinerarias, y permite la sustitución comisarial por parte del juez ante incumplimiento de los funcionarios de ejecutar la sentencia firme. En el supuesto que la institución pública condenada no cumpla con la sentencia, el juez encargado de la etapa contará con mecanismos de fuerza para hacerla cumplir, que van desde la paralización del presupuesto a la entidad y multar al funcionario responsable en forma personal, hasta nombrar a un juez que

² Ley número 8508 publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 22 de junio de 2006.

³ Ley número 3667 del 12 de marzo de 1966.

⁴ Así lo dispone el artículo 85 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) al estipular que: La jueza o el juez tramitador y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad; En el curso de estas, deberá promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos y velar por la concentración de los distintos actos procesales que corresponda celebrar.

⁵ En el caso de las Administraciones Descentralizadas el plazo de 8 días hábiles forman parte del emplazamiento. Cuando se impugne una conducta omisiva de la Administración Pública, el interesado podrá requerir, al órgano o el ente respectivo para que en el plazo de quince días adopte la conducta debida. Si transcurrido dicho plazo la omisión persiste, quedará expedita la vía contencioso-administrativa, según lo dispuesto por el artículo 35 del CPCA.

sustituirá al funcionario para hacer cumplir a la entidad condenada.

Se flexibiliza el recurso de casación por la defensa del derecho, más amplio que la ley escrita; se crean mecanismos de control objetivo y directo por la armonía jurisprudencial, entre otras importantes innovaciones. Además, se faculta y promueve la resolución alternativa de conflictos, se ampliaron las pretensiones de manera que ya no se limitará a la anulación del acto o disposición general y la indemnización de daños y perjuicios, sino que también faculta la restitución de la situación jurídica, el reconocimiento de una relación jurídica, la fijación de límites y reglas de las potestades públicas, y el establecimiento de obligaciones para la Administración de hacer, dar o abstenerse de realizar una conducta determinada; se extendió el plazo de impugnación de la conducta administrativa de dos meses a un año, y, en el caso de actos absolutamente nulos, abre el plazo mientras estos sigan surtiendo efectos, únicamente para su anulación e inaplicación futuras y se estableció el amparo de legalidad o trámite rápido para asuntos de urgencia y necesidad.

2. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL

Tal y como lo dispone el artículo 190 de la Ley General de Administración Pública,⁶ la Administración responde por todos los daños que causa con su funcionamiento, sea éste legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo

situaciones donde exista fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

A la vez, y a la luz de lo que dispone el numeral 191 del mismo cuerpo legal, la Administración debe reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes de su cargo o con ocasión del mismo, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.

La Administración es responsable cuando suprima o limite derechos subjetivos usando ilegítimamente sus potestades para ello;⁷ siendo también responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión, en este caso, la indemnización cubre el valor de los daños al momento de su pago pero no cubre el lucro cesante; también es responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales⁸, sin que exista responsabilidad cuando el interés lesionado no sea legítimo, o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso.⁹

Por su parte, el servidor público es responsable cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, y la administración es solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause. Para determinar la existencia y el grado de culpa o

6 Ley número 6227 publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 30 de mayo de 1978.

7 Artículo 192 de la Ley General de Administración Pública.

8 Artículo 194 de la Ley General de Administración Pública.

9 Artículo 195 de la Ley General de Administración Pública.

negligencia del funcionario debe tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas bajo el supuesto de entre mayor jerarquía mayor responsabilidad

El artículo 196 de la citada norma exige como requisito que el daño alegado debe ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo. El mismo cuerpo normativo prevé expresamente responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causado por la muerte o por la lesión inferida respectivamente.

Derecho a reclamar la indemnización a la Administración prescribe a los 4 años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad, mientras que el de reclamar indemnización contra los servidores públicos prescribe en 4 años desde que se tenga conocimiento del hecho dañoso.¹⁰

De lo anteriormente desarrollado se deduce que es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos para la existencia de la responsabilidad de la Administración:

- a) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado, o de los bienes a los bienes de interés o dominio público a los que por ley la Administración de proteger y resguardar.

- b) El daño reclamado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

- c) La imputación a la Administración de los actos generadores de la lesión o daño.

- d) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido.

- e) Que la acción de la responsabilidad contra la Administración sea ejercida dentro del plazo establecido por ley.

3. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DAÑO AMBIENTAL

La obligación estatal en proteger y reparar los daños acontecidos en contra del medio ambiente como bien de naturaleza común o colectiva, incluso aquellos en los que no haya participado de manera activa o directa y donde haya resultado imposible determinar al causante, deviene de Constitución Política, Tratados Internacionales, y de la normativa de rango inferior.¹¹ Expresamente, los numerales 45, 53 y 54 de la Ley de

10 Artículo 198 de la Ley General de Administración Pública

11 Tratados internacionales y Declaraciones Ambientales suscritas por Costa Rica, entre las que se encuentran: Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo del 2002, vienen a reafirmar ese poder – deber del Estado de proteger el medio ambiente previniendo acciones que lleguen a degradarlo. De igual forma, subsiste la obligación estatal de sancionar a los sujetos infractores de la normativa ambiental, y de aplicar los principios propios del derecho ambiental internacional. Al efecto el texto constitucional costarricense en el párrafo segundo del artículo 50 establece “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación

(continúa en la siguiente página)

Biodiversidad¹² establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas dañados, al disponer que:

“El estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que

amenacen la vida o deterioren su calidad”; “La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplan un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exis-

del daño causado.” El numeral 41 de la Constitución Política establece “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Además, el párrafo segundo del numeral 28 constitucional enuncia “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”, lo cual viene a marcar el terreno en cuanto a la protección y reparación del ambiente, pues interpretando a contrario sensu, el deber del Estado en intervenir en la protección y restauración del ambiente se encuentra supeditado a que las conductas que se les achaque a particulares dañen la moral, el orden público o causen daño a terceros.

Es importante recalcar que la Constitución Política reconoce una serie de derechos y facultades a los particulares que en teoría podrían encontrar roces con el derecho a un ambiente sano. Al respecto, y de conformidad con el principio de lesión, el ejercicio legítimo de un derecho tiene como límites los derechos de los demás y el ejercicio racional del mismo. Por ello, el numeral 22 del Código Civil de Costa Rica establece la teoría del abuso del derecho, por medio del cual la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial de éste, por lo que todo acto u omisión que sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a un tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. De igual forma, y en desarrollo del deber de reparación, el mismo Código Civil de Costa Rica en su numeral 1045 recoge el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Dicho principio llevado al derecho ambiental se encuentra contenido dentro del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente que al efecto reza “Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión”. La reparación ambiental debe ser en la medida de lo posible “in natura” o bien “in pristinum”, al respecto el numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica”. Tratándose de bosques, la Ley de Aguas en su numeral 151 obliga al infractor a reponer los árboles destruidos en terrenos situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación, aquellos que puedan ser explotados sin necesidad cortarlos, así como los situados en terrenos atravesados por ríos, arroyos, o en bosques donde existan manantiales. En materia de humedales, el artículo 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con multa de cien mil colones convertible en pena de prisión de uno a dos años, quien drene lagos, lagunas no artificiales y demás humedales, sin la previa autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de drenaje, para lo cual se faculta a la Dirección precitada, a fin de efectuar los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor”. A la vez, en materia minera el Código de Minería en su artículo 24 establece la obligación del titular del permiso de exploración de “cegar las excavaciones que hiciere y en todo caso, a pagar los daños y perjuicios que causare, a criterio de la Dirección o a juicio de peritos”. Por último, tratándose de degradación de suelos el numeral 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos establece “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados”.

12 Ley número 7788 del 30 de abril de 1998

ta daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados”.

Además de los deberes de prevención, protección y restauración del ambiente degradado por los particulares, la participación estatal en la actividad social y económica mediante la prestación de servicios públicos, puede incidir y ocasionar daños sobre el ambiente en general, ya sea por acción o por omisión, por actividad lícita o ilícita, por su funcionamiento normal o anormal. Encontrándose la Administración obligada en prevenir, proteger y restaurar el medio ambiente, aunque no haya sido la causante activa y directa del daño, con mayor razón ha de ser responsable y proceder a realizar su reparación, cuando éste haya sido causado como consecuencia de una actuación u omisión administrativa.

Se parte de la siguiente premisa: si la Administración tiene encomendada la función

de proteger el medio ambiente y la obligación de evitar el daño y éste se ha producido, su funcionamiento ha sido deficiente, lo que implica necesariamente su responsabilidad.

La responsabilidad patrimonial de la Administración surge del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que brinda, con carácter objetivo,¹³ por lo que es indiferente que el daño se haya causado con intervención de culpa o negligencia o que la conducta sea conforme o no a Derecho.¹⁴

En la mayoría de los casos, el daño ambiental surge por una actuación administrativa culposa o negligente, omisiva de su deber de actuar en defensa del medio ambiente e infractora del deber de protección que le viene impuesto por el bloque de legalidad, y por tanto, divergente del fin de persecución del interés general, concretado en este caso en el mantenimiento de las cualidades ambientales.

En los supuestos de daño ambiental acaecidos por omisión a los deberes de prevención y control de las actividades desarrollados por los administrados, la responsabilidad por

13 Artículo 190 de la Ley General de Administración Pública.

14 “La licitud o ilicitud depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico. Se considera lícita, la conducta activa u omisiva, que se encuentra en concordancia con el bloque de legalidad imperante, y por tanto, cuenta con el aval o permiso de las autoridades correspondientes, pero que a pesar de ello, es generadora de daños, aún cuando no se sobrepasan los límites establecido por la normativa administrativa o por la autorización. Por otro lado, se considera ilícita aquella actuación que violente el ordenamiento, y por tanto, no cuente con los permisos de rigor otorgados por las autoridades administrativas o judiciales, o bien, sobrepase los estándares mínimos de tolerabilidad. Al derecho ambiental no le interesa la licitud o ilicitud de la conducta que daña al ambiente, sino únicamente el daño injusto acaecido sobre el entorno sin participación de las víctimas. De esta forma, en ambos supuestos, lo justo es que respondan por el daño causado tanto el contaminador directo, por haber asumido el riesgo de su actividad, como la Administración por no haber prevenido suficientemente la causación del daño mediante la regulación adecuada. La responsabilidad ambiental por hecho lícito encuentra asidero jurídico en la doctrina del abuso del derecho, por medio de la cual, todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, deberá necesariamente ser sancionado. De ahí, que el uso anormal o excesivo de un derecho no tiene que ser soportado, y el límite del mismo es dado tanto por la normativa, como por la costumbre, o bien por el criterio de tolerancia normal” Peña Chacón, Mario, *Daño, Responsabilidad y Reparación del Medio Ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006, San José, página 27.

el daño acaecido sobre el medio ambiente recae de manera solidaria entre el particular que desarrolló la actividad y la Administración Pública que obvió sus deberes permitiendo la realización de la conducta dañina por parte del particular.¹⁵

Si se produce un daño al medio ambiente por parte de la Administración a consecuencia de su actuación activa y directa, siendo su protección un deber por tratarse de un interés público, estaría incurriendo en un vicio de desviación de poder por vulneración del principio de actuación administrativa conforme al interés público, lo que cual implica necesariamente responsabilidad de su parte, sin perjuicio de que ello podrá ser causa de anulación del acto administrativo en cuestión.

También puede exigirse responsabilidad a la Administración al no impedir la realización de un daño por ignorar u omitir su deber de vigilancia o de control de ciertas actividades o actuaciones (culpa "in vigilando"), o al no prestar el servicio de protección del medio ambiente al que está obligado por el bloque de legalidad (culpa "in omittendo").

En el caso de los daños causados por funcionamiento normal, la relación de causalidad existirá cuando el daño sea consecuencia de la actuación administrativa de forma exclusiva. Cuando la causa del daño ha sido la pasividad o inactividad administrativa, el requisito de la exclusividad se modera y matiza en función de la "posible concurrencia de diversos factores en la producción del daño cuya respectiva influencia ha de ser analizada para inferir la existencia o no de dicho nexo de causalidad.¹⁶

En el caso de funcionamiento anormal por omisión, cuando el daño fuera ocasionado por una actividad o industria contaminante, la relación de causalidad se concretaría debido a la falta de vigilancia que la legislación le exige a la Administración como la causa del daño, ya que de haber adoptado las medidas y acciones exigidas por el bloque de legalidad el daño nunca se habría producido.

Si el daño causado por la actividad del administrado lo ha sido cumpliendo con las prescripciones legales administrativas y de las condiciones de la licencia, sería preciso distinguir la actuación de la Administración que concede la

15 El tema de la responsabilidad solidaria ha sido abordado por varias leyes ambientales. A manera de ejemplo se encuentra el artículo 57 de la Ley Forestal de Costa Rica que al efecto establece "En el caso de los actos ilícitos comprendidos en esta ley, cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño causado, de acuerdo a lo que establece el artículo 1045 del Código Civil." En un mismo sentido se expresa el artículo 384 de la Ley General de Salud "En todo caso la entidad jurídica responderá solidariamente con quien resultare responsable, por la indemnización civil que se derive de la infracción cometida en el establecimiento que sea de su propiedad o que explote o administre a cualquier título". Por otra parte, el artículo 67 de la Ley de Protección Fitosanitaria establece un criterio de responsabilidad civil solidaria derivada de delitos o contravenciones, entre la persona jurídica y sus representantes legales. Por último la nueva Ley de Pesca establece en los artículos 116 y 149 reglas de solidaridad, considerando en un primer término al armador, el patrón de pesca y el capitán, en materia civil y administrativa, solidariamente responsables por el incumplimiento de la legislación pesquera, cuando se cause un daño efectivo; además se considerarán civilmente responsables el patrón de pesca y el propietario o permisionario de la embarcación por los daños ocasionados por la destrucción de nidos de tortugas marinas, por la utilización de artes de pesca que impidan la navegación, por la no utilización del dispositivo excluidor de tortugas.

16 Conde Antequera, J., *La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente*, en "Medio Ambiente y Derecho" Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 11, diciembre 2004, accesible en la dirección: <http://www.cica.es/aliens/gimadus>

autorización y la actuación normativa de la Administración que ha de reglamentar la actividad causante del daño. En este supuesto, la relación de causalidad vendría determinada por la falta de diligencia administrativa en la previsión de los daños por haber promulgado normativa que va a significar la autorización de actividades bajo unos condicionantes que no fueron suficientes.

En otros casos de funcionamiento anormal del servicio público administrativo la relación de causalidad sí quedaría excluida cuando concurren las causas de fuerza mayor, culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

De este modo, y siguiendo los lineamientos esbozados por el autor Conde Antequera,¹⁷ es posible clasificar las conductas administrativas que dañan el ambiente y que son objeto de responsabilidad, en activas y omisivas, tal y como se desarrollo en el siguiente apartado.

3.1. Responsabilidad de la Administración por acción (in commitendo):

- 1- Por su actividad de prestación de servicios en forma directa, ya sea prestado por funcionarios o por cualquier agente o empleado.
- 2- Por su actividad jurídica consistente en emisión de normas y concesiones de autorizaciones, por un lado cuando la regulación que desarrolla conforme a la potestad normativa reglamentaria no es la adecuada, por el otro, bien cuando autoriza una actividad que sobrepasa los niveles

previstos en la normativa, o desde otro punto de vista, cuando la Administración concede una licencia ilícita o sin que se haya verificado el cumplimiento de las medidas correctoras a una actividad y ello suponga la causación de un daño ambiental;

- 3- Responsabilidad del Estado y demás entes públicos por los delitos o faltas que cometan las autoridades o funcionarios.
- 4- Por su actividad de prestación de servicios en forma indirecta, es decir, cuando la Administración actúa a través de empresas intermediarias por medio de concesiones de servicios públicos.

3.2. Responsabilidad de la Administración por omisión (in vigilando o in omittendo).

- 1- Cuando se ocasione un daño ambiental por omisión de un servicio obligatorio a cargo de la misma Administración (agua, recolección de basura, alumbrado público);
- 2- Daño ambiental por omisión de su deber normativo cuando ello es preciso, o sea cuando no haga uso de su potestad reglamentaria para producir esa normativa protectora que tiene obligación de dictar;
- 3- Cuando la Administración no inste judicial o administrativamente la restauración del ambiente degradado cuando proceda;

17 *La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente*, en "Medio Ambiente y Derecho" Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 11, diciembre 2004, accesible en la dirección: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>.

- 4- Cuando se causen daños por actividades prohibidas o que sobrepasen lo dispuesto en la autorización administrativa, en el caso que la Administración competente haya omitido su deber de vigilancia (responsabilidad por hecho ilícito),
- i- Cuando se causen daños por actividades permitidas que no sobrepasen los límites establecidos por la normativa administrativa o por la autorización, por no haber prevenido suficientemente la causación del daño mediante una regulación adecuada (responsabilidad por hecho lícito);
- ii- Cuando se produzcan daños ambientales a causa de accidentes de gran magnitud y la Administración no actúe con carácter de urgencia que impone su deber de protección de la salubridad pública y del medio ambiente para impedir el incremento del daño causado inicialmente, lo anterior debido a que cualquier daño ambiental de gran intensidad o trascendencia ecológica, social y colectiva, con incidencia en la salud pública y el medio ambiente, requiere de una actuación de la Administración, con fundamento en la configuración del Estado como Estado social y en el principio de solidaridad.

4. ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL APLICABLES EN LA NUEVA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

4.1. Principios procesales

De conformidad con el numeral 85 del CPCA el principio rector del proceso contencioso administrativo es la oralidad. Este se desarrolla a través de audiencias orales y públicas, únicamente serán escritos la interposición y contestación de la demanda, la sentencia y los recursos contra ella y documentos, peritajes e informes que se adjunten a los expedientes. De igual forma, son de aplicación los principios procesales generales de inmediación, concentración, carga de prueba, dispositivo, impulso procesal, celeridad, contradicción, identidad física del juzgador, búsqueda de la verdad real, publicidad, preclusión, impugnación y ejecución.

Mientras no exista una jurisdicción ambiental autónoma y especializada,¹⁸ en los procesos contencioso administrativo en donde se discuta la responsabilidad por daños al entorno, el juzgador debe integrar los principios del derecho ambiental y de la responsabilidad por daño ambiental, con los principios procesales del CPCA, esto para dar efectividad y aplicación a los derechos sustanciales contenidos en las normas de fondo.

Cobran vital relevancia, los principios sustantivos del derecho ambiental tales como el preventivo; precautorio; contaminador pagador;

¹⁸ Así lo propone el proyecto de ley número 15979 denominado Código Procesal General.

equidad inter e intra generacional; corrección o solución a la fuente, así como los principios procesales idóneos para la correcta aplicación de la responsabilidad por daño ambiental, como los son: ampliación de la legitimación procesal; inversión de la carga de la prueba o de efectiva colaboración; valoración de la prueba de manera comprensiva, integral, con relevancia a la prueba indirecta y presunciones, científica, utilizando la sana crítica racional; tutela cautelar inmediata, anticipada, urgente, para evitar daño actuales y futuros; sentencias con eficacia erga omnes y de cosa juzgada material; ejecución de sentencia oficiosa por el órgano jurisdiccional asegurando el interés general; responsabilidad de tipo objetivo y solidaria por actividades riesgosas, entre otros.

En casos de vacío, omisión o contradicción normativa, debe acudir a las fuentes no escritas del derecho administrativo como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, así como a las técnicas de la integración por analogía o en sentido contrario.¹⁹ Si no se pudiere integrar las normas procesales en esta forma se acudirá a los principios constitucionales, a los principios generales del derecho procesal, así como a la jurisprudencia o en su caso a las doctrinas más acordes con el proceso donde la norma falte. En caso de omisión, oscuridad o contradicción, la integración debe tomar en cuenta el entero sistema donde la norma funciona, sin perjuicio de recurrir a los criterios establecidos por el vacío legal.²⁰

4.2. Jurisdicción y Competencia

El artículo 1 del CPCA dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, esta-

blecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa. Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

El CPCA entiende por Administración Pública a la Administración central; los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas, la Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público.

Especial importancia reviste el inciso b del numeral 2 del CPCA, el cual establece a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda como aquella con competencia exclusiva en cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus funcionarios, situación donde encaja perfectamente la responsabilidad por daño ambiental de la Administración Pública, recayendo por tanto, la competencia por materia en los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.

En perfecta armonía con lo anterior, el artículo 108 de la Ley de Biodiversidad dispone que todo lo relacionado con la materia de biodiversidad (íntimamente vinculada al daño ambiental) es competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa siempre y cuando

¹⁹ Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

²⁰ Así lo contempla el numeral 220 del CPCA cuando dispone que para lo no previsto expresamente debe de acudir a los principios del Derecho Público y Procesal, en general

exista un acto administrativo de por medio o bien, la protección del dominio público, caso contrario, la controversia se dilucida ante la jurisdicción agraria.

En cuanto a la competencia por territorio, el artículo 7 del CPCA establece que para determinarla, son de observancia las siguientes reglas: **a)** El Tribunal tendrá competencia sobre las conductas administrativas que se adopten originariamente dentro de la circunscripción judicial donde ejerza funciones. **b)** Cuando la conducta administrativa se presente en el límite de dos circunscripciones judiciales o en varias de ellas, será competente el Tribunal que haya prevenido en el conocimiento de la causa. Se considerará que ha prevenido, quien haya dictado la primera providencia o resolución del proceso.

4.3. Capacidad procesal y Legitimación

El artículo 9 del CPCA otorga capacidad procesal, además de los sujetos que la ostenten de conformidad con la legislación común,²¹ a los menores de edad, cuando éstos puedan hacerlo en forma directa, sin necesidad de que concorra su representante, así como a aquellos grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, sin necesidad de estar integrados en estructuras formales de personas jurídicas.

Por su parte, ostentan legitimación para demandar en la jurisdicción contenciosa administrativa según el artículo 10 del CPCA:

- a) Quienes invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos.
- b) Las entidades, las corporaciones y las instituciones de Derecho público, y cuantas ostenten la representación y defensa de intereses o derechos de carácter general, gremial o corporativo, en cuanto afecten tales intereses o derechos, y los grupos regidos por algún estatuto, en tanto defiendan intereses colectivos.
- c) Quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos.
- d) Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley.
- e) La Administración, para impugnar un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando el superior jerárquico supremo haya declarado, en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos,²² así como en el supuesto que se haya causado un daño o perjuicio a los intereses públicos, a la Hacienda Pública, y para exigir responsabilidad contractual y extracontractual.

²¹ Al respecto cabe remitirse a los artículos 36 y siguientes del Código Civil, ley número 30 del 19 de abril de 1885.

²² El artículo 34 del CPCA dispone que cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo debe declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello es de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año corre a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. La lesividad referente a la tutela de bienes del dominio público no estará sujeta a plazo.

Siguiendo los lineamientos dictados por la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en estricta aplicación del numeral 50 de la Constitución Política,²³ el CPCA amplía el esquema de legitimación activa a todos aquellos que invoquen un interés difuso o colectivo, así como a todas las personas cuando exista previamente una acción popular creada por ley.²⁴

A manera de referencia, el artículo 105 de la Ley de Biodiversidad plantea un supuesto de acción popular al disponer que toda persona se encuentra legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad. En cuanto a los intereses difusos estos pueden ser ejercidos indistintamente por cualquiera (personas físicas o jurídicas) en interés de la colectividad. Se trata entonces de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés, y por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones, y a la vez, de cada una de ellas. Gozan de una doble naturaleza, ya que son colectivos – por ser comunes a una generalidad – e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter.

La Procuraduría General de la República también ostenta la representación de los intereses difusos en materia ambiental, institución que en representación del Estado, cuenta con legitimación necesaria para interponer procesos judiciales por daño ambiental en contra de particulares u otras administraciones públicas distintas a la Administración Centralizada.²⁵ Lo anterior encuentra fundamento en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, específicamente en el inciso h) del artículo 3, que establece como una de sus atribuciones:

“Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada”.

En los procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental, al tratarse de la vulneración de un interés público colectivo, debe existir un acceso claro y directo por parte

²³ “... Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño...”

²⁴ “Mediante la acción popular, el ordenamiento, entendiéndose de cierto tipo de bienes jurídicos de naturaleza colectiva, faculta a cualquier persona física o jurídica, a apersonarse a interponer acciones, con el fin de tutelar y proteger ese bien jurídico violentado. Debe quedar claro que la legitimación de recurrir en la acción popular deriva de la misma norma jurídica y no de la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo. De esta forma, en la acción popular existe un interés legítimo objetivo, no así subjetivo”. Peña Chacón, M., *Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental*, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Brasil.

²⁵ Además de representar los intereses de la Administración Centralizada, la Procuraduría tiene legitimación para representar y defender los intereses propios de los Poderes del Estado, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes de la República, en tanto ejerzan función administrativa, de conformidad con el artículo 16 del CPCA.

de cualquier afectado a reclamar la recomposición del ambiente, así como de los grupos de interés que representan a las colectividades, supuesto donde quedan incluidas las Organizaciones No Gubernamentales con fines ambientalistas, las cuales en ocasiones, cuentan con suficiente sustento económico, técnico, científico y jurídico, para llevar este tipo de procesos hasta sus últimas consecuencias.

La legitimación activa para solicitar, como pretensión, la recomposición del ambiente dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de conformidad con el numeral 50 de la Constitución Política y las reglas que sigue el CPCA recae en cualquiera, sea persona física o jurídica, privada o pública, individual o colectiva.

De esta forma, es al simple afectado a quien ordenamiento jurídico le ha otorgado una acción popular o el ejercicio en defensa de un interés difuso, al que le basta con demostrar un mínimo interés razonable y suficiente (existencia de un interés difuso) para apersonarse como parte en un proceso contencioso administrativo de responsabilidad por daño ambiental a solicitar la restauración ambiental. Es cotitular de un interés difuso al ser portador de una cuota subjetiva del mismo, no perdiendo su condición por el hecho que otros también lo sean. Debe quedar claro que su pretensión procesal se puede circunscribir únicamente a la recomposición del ambiente dañado.

Mientras tanto, la legitimación activa para solicitar tanto la recomposición del ambiente como la indemnización de los daños causados sobre sus derechos subjetivos, recae exclu-

sivamente sobre la persona directamente damnificada, titular de un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial. Este sujeto procesal ostenta una doble legitimación derivada del interés difuso en la tutela del ambiente y del derecho subjetivo violentado del cual es titular.

A raíz de lo anterior, el artículo 9 del CPCA establece que para el reclamo de daños y perjuicios en los supuestos de grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, intereses difusos y acciones populares, es necesario comprobar la titularidad de la situación jurídica lesionada de quien demanda.

Por otra parte, la legitimación pasiva²⁶ en un proceso de responsabilidad por daño ambiental ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa puede recaer sobre:

- 1) La Administración Pública Centralizada o Descentralizada autora de la conducta u omisión administrativa dañina del ambiente, salvo cuando se trate de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones; en este caso, se demandará al Estado.
- 2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta u omisión administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos.
- 3) Las personas físicas o jurídicas que hayan derivado derechos e intereses legítimos

²⁶ Artículo 12 del CPCA.

de la conducta administrativa objeto del proceso.

- 4) Cualquier otra persona que haya sido llamada al proceso como responsable, en su carácter funcional o personal, lo anterior en el supuesto de responsabilidad solidaria por daño ambiental del Estado con funcionarios y particulares.

En la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda, la representación y defensa de la Administración central, de los Poderes del Estado, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes de la República, en tanto ejerzan función administrativa, corresponde a la Procuraduría General de la República.²⁷ Mientras que la representación y defensa de las entidades descentralizadas o de los particulares, se regirá, respectivamente, por las leyes especiales o por la legislación común.²⁸

El artículo 13 del CPCA establece que podrá intervenir como coadyuvante de cualquiera de las partes el que tenga interés indirecto en el objeto del proceso; para ello, podrá apersonarse en cualquier estado de este, sin retroacción de términos. El coadyuvante no podrá pedir nada para sí, ni podrá cambiar la pretensión a la que coadyuva; pero podrá hacer todas las alegaciones de hecho y derecho, así como usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés, excepto en lo que perjudique al coadyuvado. La sentencia es susceptible de repercutirle positiva o negativamente

²⁷ Artículo 16 del CPCA.

²⁸ Artículo 17 del CPCA.

²⁹ Artículo 15 del CPCA.

También son considerados partes del proceso los terceros que intervengan con pretensiones propias respecto de la conducta objeto del proceso y quienes sean llamados, de oficio o a instancia de parte, en calidad principal o accesorio. Su participación puede hacerse valer en cualquier momento antes del dictado de la sentencia, y toman el proceso en el estado en el que se encuentre, siempre que ello no sirva para burlar los plazos de caducidad.²⁹ Tercero es aquel que es titular de un derecho conexo o dependiente de las pretensiones planteadas por el principal, colabora con la gestión procesal siendo su actuación accesorio y subordinada, no pudiendo alegar ni probar lo que le estuviere prohibido al principal.

4.4. Normas especiales para la integración de los intereses grupales.

Según el artículo 48 del CPCA ante los supuestos de afectación de intereses grupales, colectivos, corporativos o difusos, si en un determinado proceso después de contestada la demanda y hasta antes de concluir el juicio oral y público, el juez tramitador o el tribunal de juicio, de oficio o a gestión de parte, determinara la existencia de otros procesos, con identidad de objeto y causa, puede instar a los actores para que se unan en un solo proceso, sin perjuicio de actuar bajo una sola representación. De previo, el juez tramitador o el tribunal oírán, por cinco días hábiles, a las partes principales. De no existir expresa oposición, se tramitará un único proceso, lo cual hará saber, en un plazo máximo de tres días hábiles posteriores, contados a partir del día siguiente a la notificación de todas las partes.

Si en el plazo otorgado existe oposición, el proceso será tramitado de manera individual. La sentencia dictada en este proceso, de conformidad con las reglas establecidas en el CPCA, producirá con su firmeza, cosa juzgada material respecto de todas las partes que haya concurrido en él.

4.5. Eliminación del requisito del agotamiento de la vía administrativa

Otro aspecto importante del nuevo CPCA lo es la eliminación del odioso requisito del previo agotamiento de la vía administrativa para poder acudir a la vía contencioso-administrativa.³⁰

Por economía procesal y con el fin de tutelar los derechos de los administrados, cuando en los procesos establecidos contra el Estado o bien Administraciones Descentralizadas, se ha acudido directamente a la vía jurisdiccional, sin haber agotado la vía administrativa, el juez tramitador, en el mismo auto que da traslado de la demanda, debe conceder un plazo de ocho días hábiles previos al emplazamiento en el caso de la Administración Centralizado, y de ocho días dentro del emplazamiento en el caso que se trate de una Administración Centralizada, a efecto de que el superior jerárquico supremo del órgano o la entidad competente, confirme, o bien, modifique, anule, revoque o cese la conducta administrativa impugnada, en beneficio del administrado y sin suspensión de los procedimientos. Vencido el plazo indicado, si el jerarca supremo guarda silencio o mantiene la conducta impugnada, empezará a correr automáticamente el plazo otorgado para la contestación de la demanda

³⁰ Así lo dispone el numeral 31 del CPCA y se tiene por excepción los asuntos contenidos en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política.

³¹ Así lo dispone el artículo 35 del CPCA.

para la Administración Centralizada mientras que para la Administración Descentralizada continúa corriendo su plazo de contestación. Si dentro del plazo de los ocho días hábiles señalado en los apartados anteriores, la Administración Pública modifica, anula, revoca, cesa, enmienda o corrige la conducta administrativa adoptada, en beneficio del administrado, se tendrá por terminado el proceso en lo pertinente, sin especial condenatoria en costas y sin perjuicio de que continúe para el reconocimiento de los derechos relativos al restablecimiento de la situación jurídica del actor, incluso de la eventual indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

En los casos donde se impugne una conducta omisiva de la Administración Pública, el interesado podrá requerir, al órgano o el ente respectivo para que en el plazo de quince días adopte la conducta debida. Si transcurrido dicho plazo la omisión persiste, quedará expedita la vía contencioso-administrativa. De haberse acudido directamente a la vía jurisdiccional, el juez o el Tribunal debe conceder, al jerarca supremo de la entidad o el órgano competente, un plazo máximo de quince días hábiles, con suspensión del proceso, para que cumplimente la conducta debida. De hacerlo así, se dará por terminado el proceso sin especial condenatoria en costas, sin perjuicio de continuarlo para el restablecimiento pleno de la situación jurídica de la persona lesionada. Si, transcurrido dicho plazo, se mantiene total o parcialmente, la omisión, el proceso continuará su curso, sin necesidad de resolución que así lo disponga.³¹

Actualmente el administrado se encuentra facultado en escoger el agotamiento o no de la vía administrativa para los procesos de responsabilidad por daño ambiental en donde haya participado activa o pasivamente la Administración Pública. Dos vías administrativas siguen abiertas para dilucidar este tipo de responsabilidad, por una parte se tiene al Tribunal Ambiental Administrativo y por la otra la Secretaría Técnico Nacional Ambiental.

Ambas vías fueron creadas por la ley Orgánica del Ambiente³² con naturaleza jurídica de de órganos de desconcentración máxima³³ del Ministerio de Ambiente y Energía, con competencia territorial en todo el país. Ambos están obligados a ordenar en sus resoluciones la imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente y la diversidad biológica.³⁴

En el caso del Tribunal Ambiental Administrativo, dentro de sus funciones exclusivas se encuentran: a) conocer y resolver, en sede ad-

ministrativa, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales; b) conocer, tramitar y resolver, de oficio o a instancia de parte, las denuncias referentes a comportamientos activos y omisos que violen o amenacen violar normas de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales; c) establecer en vía administrativa, las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales³⁵. Este Tribunal cuenta con su propio Manual de Procedimientos establecido vía decreto ejecutivo.³⁶

Por su parte, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental tiene como propósito principal el armonizar el impacto ambiental con los procesos productivos, y dentro de sus funciones específicas se encuentra la de atender las denuncias que se le presenten en lo relativo a la degeneración o al daño ambiental.³⁷ Su competencia en este tipo de asuntos está

³² Ley número 7554 del 4 de octubre de 1995.

³³ El término desconcentración implica la atribución exclusiva e independiente de competencia en el desempeño de sus funciones, es por tanto una excepción al principio de jerarquía. Para el caso que nos atañe, la competencia atribuida al Tribunal Ambiental Administrativo lo es el conocimiento y juzgamiento en la vía administrativa de las transgresiones a la normativa ambiental. De conformidad con la ley General de la Administración Pública de Costa Rica existen dos tipos de desconcentración, la mínima y la máxima. Al respecto el artículo 83 de la citada ley establece: "Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento. La desconcentración mínima se dará cuando el superior no pueda: a) avocar competencias del inferior, y b) revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte. La desconcentración será máxima cuando el superior esté sustraído además de órdenes, instrucciones o circulares del superior. La imposibilidad de revisar o sustituir la conducta del inferior hará presumir la potestad de avocar la misma y a la inversa. Las normas que crean la desconcentración mínima será de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima será de aplicación extensiva a su favor".

³⁴ Artículo 99 inciso g) de la Ley Orgánica del Ambiente.

³⁵ Artículo 111 de Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica.

³⁶ Decreto Ejecutivo número 28054-MINAE del 26 de julio de 1999 publicado en la Gaceta número 163 del 23 de agosto de 1999. Para mayor información sobre el tema puede consultarse el ensayo de este mismo autor denominado "Los principios de la responsabilidad ambiental a la luz de la jurisprudencia administrativa del Tribunal Ambiental de Costa Rica", publicado en la Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, abril 2004, número 106, México, y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 24 de abril de 2006, año IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.a

³⁷ Artículo 84 inciso c) de la Ley Orgánica del Ambiente.

supeditada a la existencia de un expediente previo dentro de su dependencia, ya que de lo contrario, debe remitir la denuncia al Tribunal Ambiental Administrativo (TAA) para su conocimiento y resolución, de conformidad del artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente.³⁸

4.6. Pretensiones

Las pretensiones de la parte actora en un proceso de responsabilidad por daño ambiental se circunscriben en las siguientes:

- a) Prevenir el daño, incluso el daño incierto científicamente (principios preventivo y precautorio)
- b) Asegurar la descontaminación del ambiente dañado (principio de corrección o solución a la fuente)
- c) Restaurar en la medida de lo posible a la situación anterior al hecho dañoso (reparación in natura)
- d) Indemnizar los derechos subjetivos de los sujetos afectados (daño patrimonial y extrapatrimonial individual y colectivo)

Para alcanzar tales pretensiones el numeral 42 del CPCA faculta al accionante a solicitar en la demanda:

- a) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas.
- b) La anulación total o parcial de la conducta administrativa.

- c) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa.
- d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.
- e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.
- f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa.
- g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.
- h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.
- i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.
- j) La condena al pago de daños y perjuicios.

³⁸ Así lo dispone el numeral 54 del Reglamento General sobre procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), Decreto ejecutivo número 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC

4.7. Conciliación y Transacción

El numeral 72 del CPCA faculta a la Administración Pública a conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada. Las partes, por sí mismas, pueden buscar los diversos mecanismos para la solución de sus conflictos fuera del proceso, y acudir a ellos. Para tal efecto, de común acuerdo, pueden solicitar su suspensión, por un período razonable a criterio del juzgador.

Cuando le corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, es necesario la autorización expresa del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, o la del órgano en que estos deleguen. En los demás casos, la autorización debe ser otorgada por el respectivo superior jerárquico supremo o por el órgano en que este delegue.³⁹

El juez conciliador se encuentra obligado a guardar absoluta confidencialidad e imparcialidad respecto de todo lo dicho por las partes en el curso de la conciliación, por lo que le está vedado revelar el contenido de las discusiones y manifestaciones efectuadas en ella, ni siquiera con su anuencia. En todo caso, lo discutido y manifestado en la conciliación carece de valor probatorio alguno.⁴⁰ El juez conciliador está facultado, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.⁴¹

Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la con-

troversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público.⁴² Una vez firme el acuerdo conciliatorio, adquiere el carácter de cosa juzgada material y para su ejecución es aplicable las normas de la ejecución de sentencia.⁴³

Las partes o sus representantes podrán proponer, en cualquier etapa del proceso, una transacción total o parcial. La transacción será homologada por la autoridad judicial correspondiente, siempre que sea sustancialmente conforme al ordenamiento jurídico.⁴⁴

El CPCA no dispone de reglas especiales para la conciliación o transacción en procesos donde se discutan intereses difusos o colectivos, y por tanto donde exista una multiplicidad de partes procesales dentro de un proceso unificado. El asunto no presentaría mayores problemas en los casos donde las partes litiguen bajo una única representación y deciden actuar como un único bloque, en el entendido que el administrado podrían disponer únicamente de sus derechos subjetivos de carácter patrimonial y El Estado lo relativo al dominio público, existiendo la obligación del juez conciliador de homologar solamente aquellos acuerdos que aseguren la recomposición del ambiente degradado.

La situación se complica cuando las partes que litigan dentro de un proceso unificado

³⁹ Artículo 73 del CPCA.

⁴⁰ Artículo 75 del CPCA.

⁴¹ Artículo 78 del CPCA.

⁴² Artículo 76 del CPCA.

⁴³ Artículo 77 del CPCA.

⁴⁴ Artículo 117 del CPCA.

pero bajo distinta representación. Al respecto el numeral 75 inciso b) del CPCA dispone que se entenderá fracasado el proceso de conciliación cuando cualquiera de las partes o sus representantes manifiesten, en firme, su negativa a conciliar. Definitivamente esta norma no fue redactada pensando en procesos con multiplicidad de partes procesales, todo lo contrario, se circunscribe a aquellos procesos donde actúan únicamente dos partes, y donde por razones obvias, la renuencia de una de ellas imposibilita llegar a un convenio. Por lo demás, lo ideal sería permitir a cada interviniente conciliar libremente con su contraparte sin estar supeditado a lo que decidan las demás partes del proceso, en entendido siempre que el juez conciliador está obligado a homologar únicamente aquellos convenios o acuerdos que aseguren la recomposición del ambiente degradado, tal y como lo exige el bloque de legalidad.

4.8. Medidas Cautelares

Prevención es la base del sistema de responsabilidad ambiental y el objetivo primordial del derecho de daños. Los daños deben ser evitados a toda costa, tanto deriven de hechos lícitos como de infracciones contractuales, de actuaciones o de omisiones. Tratándose el ambiente de un bien de naturaleza común o colectiva, de interés público y en muchas ocasiones de dominio estatal, el juzgador tiene el deber de evitar y ordenar la reparación de la lesión pretérita y de la presente, así como de tomar las medidas para que el daño no se vuelva a producir en un futuro.

El juzgador debe procurar la solución ex ante en vez de confinar el remedio a una solución

45 Incluso durante el proceso de conciliación, artículo 78 del CPCA.

46 Artículo 26 del CPCA.

ex-post, ya que por sus características, muchos de los daños ambientales son irreversibles. Se parte de la premisa que en la mayoría de los casos, sólo otorgando anticipadamente la pretensión de la litis, mediante una resolución rápida, se logra evitar los futuros daños ambientales, es por ello que la tutela del ambiente justifica soluciones ágiles, inmediatas y expeditas.

Lo ideal es que en los procesos de responsabilidad por daño ambiental, de oficio y/o petición de parte, y en cualquier estado del proceso⁴⁵, el juzgador pueda disponer de medidas preventivas de urgencia, aún sin audiencia de la parte contraria, y sin garantía de contracautela. Esta tesis es seguida parcialmente por el CPCA cuyo artículo 19 establece que durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo puede ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Tales medidas también pueden ser adoptadas por juzgador, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso, en cuyo caso la demanda debe presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordena su levantamiento y se condena a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales deben ser liquidados por el trámite de ejecución de sentencia.⁴⁶ Cuando las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional, lo ideal sería que conozca de ellas el mismo juez que intervendrá en el proceso principal.

En casos de extrema urgencia como a menudo sucede cuando está de por medio el interés público ambiental y la salud de los administrados, a solicitud de parte, el juzgador puede otorgar medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el juez está facultado en fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela. Ante este supuesto, se le debe dar audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez puede hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.⁴⁷ El juzgador tramitador puede ordenar que la recepción de cualquier prueba que sea urgente o que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse en la audiencia respectiva.⁴⁸

Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, puede adoptar y ordenar medidas provisionálsimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deben de guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.⁴⁹

El artículo 28 del CPCA faculta al juzgador a utilizar cualquier tipo de caución o garantía de las formas admitidas en Derecho siempre que sea suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés

público. Es importante tomar en cuenta que, por tratarse el medio ambiente de un bien de interés público de naturaleza colectiva, en ciertos casos, la caución debería ser eximida al proponente de la medida, o bien solicitar únicamente la menos gravosa de ellas como lo es la caución juratoria.

En cuanto a los requisitos que debe tomar en cuenta el juzgador para tomar la decisión de conceder una medida precautoria en defensa del medio ambiente, bastaría con la certeza y actualidad de los riesgos, aunque no estén probadas lesiones actuales al ambiente o la salud, para que la tutela se haga efectiva.⁵⁰ De esta forma, el juzgador debe tomar medidas urgentes, inmediatas, aún ante la ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos, a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos plenamente, ya que cualquier demora puede resultar más perjudicial que cualquier acción temprana intempestiva.

La incertidumbre no exonera la responsabilidad, al contrario, la refuerza al crear un deber de prudencia. Es suficiente con tenerse por probado el daño al ambiente, o bien el riesgo de que acontezca, para que el juzgador se anticipe a su concreción. Lo anterior se justifica bajo el criterio que toda medida preventiva es provisional, y que cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron su adopción, el juez de oficio o a instancia de parte, puede y debe modificarla o suprimirla. En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al

47 Artículo 25 del CPCA.

48 Artículo 84 del CPCA.

49 Artículo 23 del CPCA.

50 Cafferatta, N., *La prueba en el daño ambiental*, publicado en la Revista Brasileira de Direito Ambiental, enero/marzo 2005, Editora Fiuza, vol 01, año 01.

rechazo de la medida solicitada, es posible considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar.⁵¹

Tres son los elementos a considerar para la toma de una medida precautoria, por una parte el *fomus boni iuris* (juicio de probabilidad o de verosimilitud); *periculum in mora* (daños y perjuicios de difícil o imposible reparación); y la *contracautela* o garantía. En los procesos de responsabilidad por daño ambiental, al juzgador le debería bastar el requisito del *fomus boni iuris* para dar cabida a la cautela, debiendo admitirse medidas precautorias aún cuando no haya plena certeza científica de los efectos perjudiciales (principio precautorio). El requisito del *periculum in mora* debe basarse en los daños que podría sufrir el medio ambiente (bien de naturaleza colectiva y de interés público) ponderado por sobre los intereses de la parte demandada, sea esta la Administración Pública o particulares.

Los requisitos del *fomus boni iuris* y del *periculum in mora* están regulados por el artículo 21 del CPCA el cual establece que la medida cautelar es procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad.

Según las reglas del CPCA, para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo debe considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderan-

do la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. También debe tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.⁵²

En los procesos donde se discuta la responsabilidad por daños contra el ambiente, se debe pasar de un régimen de medidas cautelares asegurativas del resultado del proceso, a un sistema de tutela inmediata, anticipada, efectiva, material. Lo ideal es que el juzgador posea amplias facultades para ordenar el cese, incluso poner fin a la actividad molesta o dañina del ambiente. De igual forma debería tener poderes suficientes para determinar las herramientas más aptas para poner fin a la contaminación, ya que ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo que acontezca el daño, si jurídicamente puede ser evitado. Por ello, las medidas preventivas no deben ser taxativas y el juzgador debería contar con poder suficiente para aplicar aquellas necesarias para cada caso en específico, así como el poder para crear e innovar medidas cautelares. Las medidas preventivas son incuestionables cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que está produciendo una actividad con el fin de paralizar el daño.⁵³

Esta es la línea que sigue el CPCA cuando dispone en su numeral 20 que las medidas cau-

telares pueden contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el juzgador puede imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

4.9. La Prueba

En un proceso de responsabilidad por daño ambiental la prueba es un tema de capital importancia. Demostrar la mera existencia del daño ambiental, así como el ligamen del nexo causal (causa-efecto) es sumamente difícil y complejo, pues por lo general, se trata de prueba revestida de enorme científicidad a raíz de las características propias del daño ambiental, el cual puede manifestarse de forma itinerante, cambiante, difuminada en el tiempo y en el espacio, sin límites geográficos ni físicos, ni temporales ni personales.

La dificultad de la prueba radica en la ausencia de precisión de las características del daño; su extensión, alcance, prolongación; el carácter muchas veces retardatorio de sus efectos nocivos, así como sus efectos sinérgicos ya que puede encontrarse y unirse con otras varias concausas, hacen tan difícil su demostración como su sola existencia.⁵⁴

Parte de las numerosas dificultades que surgen a la hora de probar el nexo causal son las dudas científicas que constantemente se plantean, mismas que conspiran contra la certeza causal

de daño ambiental. Por ello, el juez debe formarse criterio en base a probabilidades y no a la certeza absoluta,⁵⁵ lo anterior en aplicación estricta del principio precautorio. Debe admitirse que el juzgador sustente su decisión en un alto grado de probabilidad. En materia ambiental las partes procesales deben contentarse muchas veces con la probabilidad antes que con la certeza, por tanto, en muchas ocasiones, la certeza debe ser reemplazada por la probabilidad (superior 50%),⁵⁶ ya que si se espera certeza científica se trabajará sobre daños consumados, y es precisamente lo que se pretende evitar.

El juzgador debe ordenar y practicar todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso. Los medios de prueba pueden ser todos los que estén permitidos por el Derecho público y el Derecho común, y lo ideal es que las pruebas puedan ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, tal y como lo prevé el artículo 82 del CPCA.

Los procesos de responsabilidad por daño ambiental exigen a un juzgador más activo, quien además de ser el director del proceso debe ser el jefe de la prueba, en el entendido que debe participar, junto con las partes, a su búsqueda, pues su fin es llegar a la verdad real de los hechos y a la vez, salvaguardar el interés público ambiental. Se parte entonces de un juez comprometido socialmente, quien

51 Artículo 29 del CPCA.

52 Artículo 22 CPCA.

53 Cafferatta, N., *El principio de prevención en el Derecho Ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

54 Cafferatta, N., *Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

55 Goldenberg, I., *Daño Ambiental, Problemática de la determinación causal*, Editorial Abeledo Perrot, 2001.

56 Cafferatta, N., *Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

debe garantizar el mandato constitucional de garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Reviste especial importancia la prueba pericial técnica- científica, con la que por lo general, no están familiarizados los jueces convencionales, en donde se requiere para su valoración una alta especialización y conocimiento científico. Por ello, los dictámenes emitidos por organismos especializados del Estado deben ostentar fuerza probatoria iuris tantum, pudiendo ser rebatidos únicamente por otros informes técnicos. Al respecto, el artículo 95 del CPCA establece que los dictámenes periciales deben presentarse por escrito, firmados y fechados, sin perjuicio del informe oral en las audiencias. Deben estar fundamentados y contener, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos, y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. Una vez rendido el informe pericial, se pondrá en conocimiento de todas las partes.

El numeral 103 del CPCA faculta a cualquiera de las partes a solicitarle al Tribunal la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica. El Tribunal podrá citar a la audiencia a un consultor, para efectos de ilustración y, excepcionalmente, podrá autorizarlo para que interrogue a los peritos y testigos. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales y acotar observaciones durante

su transcurso, sin emitir dictamen; además, de sus observaciones se dejará constancia. También, durante la audiencia las partes podrán tener a un consultor para que las auxilie, en los actos propios de su función. Ello le ayudará al juzgador a entender y valorar la prueba altamente científica.

La relación de causalidad es el presupuesto más difícil de probar, por ello la tendencia es hacia la inversión de la carga probatoria en materia de responsabilidad por daño ambiental. Así lo establece el artículo 110 de la Ley de Biodiversidad al disponer que la carga de la prueba de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponde a quien se le acusa de haber ocasionado daño ambiental.

Se trata de aligerar la carga de la prueba de la víctima del daño ambiental, por tratarse de la parte más endeble de la relación y con el fin de restituir el equilibrio afectado por la masividad de conductas riesgosas. La inversión de la carga de la prueba es producto de la responsabilidad objetiva por riesgo creado de aplicación al daño ambiental. Cae entonces en la espalda del demandado demostrar su no participación, ya que la culpa se presume por la actividad riesgosa. La parte actora solo debe demostrar que el agente pudo haber causado el daño acontecido, mientras que el demandado debe demostrar que la causa real del siniestro ambiental fue otra, o bien, excusarse mediante las excepciones de fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero.⁵⁷

57 Al respecto la sentencia constitucional número 2000-1669 de las 14:51 horas del 18 de febrero del 2000 expresó: *“Previo al análisis de fondo del presente recurso, debe señalarse que dentro de la problemática de la destrucción al medio ambiente, destaca como un punto de especial relevancia el tema de la responsabilidad por daño ambiental, al cual se le ha dado un trato diferente, tomando en consideración las características propias de la materia de que se trata. El Estado, para asegurarse de alguna manera el resarcimiento por los daños ocasionados al medio ambiente, (continúa en la siguiente página)*

Cuando no es posible procesalmente la inversión de la carga probatoria, el juez debe exigir la cooperación imprescindible de las partes para llegar a la verdad de los hechos. La parte que se halle en mejores condiciones según las circunstancias es la que llevaría la carga. Quien realiza la actividad riesgosa es quien debe desmeritar los hechos que se le atribuyen ya que existe una ventaja en quien genera la contaminación de poseer mayor conocimiento sobre las causas y consecuencias de las acciones producidas por su actividad, y suele ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado, probar la existencia o no del daño. Cabe destacar que el Derecho, en principio, siempre protege a la parte más débil de la relación jurídica. (Indubio pro infante, ambiente, operario, consumidor)

Respecto a la valoración de la prueba reviste especial importancia el criterio “res ipsa loquitur”

el cual implica que la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa, a la vez se deduce que la causa del daño fue la culpa. Para casos de alto complejidad como los ambientales se propone un tratamiento diferente de la prueba, innovador, destacando mayor flexibilidad en el proceso de evaluación de la sana crítica racional, mediante un mecanismo intelectual de apreciación de la fuerza de convicción de los medios probatorios, donde el intérprete deberá actuar con amplitud y flexibilidad, aplicando los principios propios del derecho ambiental.

La prueba se debe valorar en conjunto, respetando el contradictorio y conforme a los criterios de la lógica, experiencia, ciencia, el correcto entendimiento humano y las presunciones humanas o legales.⁵⁸ De esta forma el juzgador está obligado a expresar

ha creado una serie de normas en las que se regula lo referente a la responsabilidad ambiental, sin perder de vista, eso sí, el necesario equilibrio que ha de existir entre la protección del ambiente y el desarrollo de las actividades de los particulares. En el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad, de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno por responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del trasgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente. Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad donde lo que priva es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad. Así las cosas, en muchas ocasiones no es posible determinar, ni al culpable, ni la norma legal infringida, pues en la mayoría de los casos el daño es producto de una omisión, pero ciertamente se perjudica a terceras personas o Estados, las o los que necesariamente son objeto de indemnización. Dentro de este contexto es que debe entenderse el contenido del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente”. // De forma similar, la Sala Primera de Casación mediante la sentencia de las dieciséis horas del seis de junio de dos mil uno dispuso: *“...desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como si acontece con la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de los posibles efectos se puede incluir el causarle un mal a terceros”. La Sala Primera de Casación deja claro que en materia ambiental, no se aplica la responsabilidad subjetiva, alegando que en dicha hipótesis, el damnificado debe probar el nexo de causalidad entre la acción de un agente dañino y los perjuicios sufridos. “En la responsabilidad objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante del daño, y por consiguiente el responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita. El ordenamiento parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.”*

58 De conformidad con el numeral 82 del CPCA todas las pruebas deben ser apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

los fundamentos fácticos y jurídicos de sus conclusiones, según le hubieren conferido mayor o menor valor a unas u otras conforme a su credibilidad, derivada de una apreciación conjunta y armónica de las probanzas evacuadas y las eventuales presunciones. El juzgador debe realizar un análisis comprensivo y no atomístico de los elementos probatorios.⁵⁹ Si resulta indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad real de los hechos controvertidos, el juez se encuentra facultado a ordenar, de oficio, la recepción de cualquier prueba no ofrecida por las partes.⁶⁰

Debe tenerse en cuenta que en materia de responsabilidad ambiental la prueba de presunciones posee un valor excepcional. En muchas ocasiones el juzgador debe valerse de indicios y con ellos aplicar presunciones, valorándolos críticamente para llegar al convencimiento respecto a la existencia del hecho. Para ello, también es posible aplicar la teoría de la prueba prima facie, donde el juez admite como cierto, con carácter provisorio, la existencia de circunstancias que según la experiencia común, debían concurrir para que se verificare el hecho atribuido. En todos estos casos se admiten simples argumentos de probabilidad, que no producen una evidencia objetiva, pero que se tienen en cuenta como excepción debido a la dificultad probatoria

La prueba ambiental es una prueba difícil lo que determina que el juzgador debe adoptar una actitud proclive al favor probationen. Por ello, bajo ciertas circunstancias debe aplicar un aflojamiento del rigor probatorio,

un inusual emplazamiento de las pruebas indirectas y eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias. En ocasiones el uso prudente de presunciones será suficiente, en otras, el juzgador deberá laborar sobre la base de hechos virtuales, que son los que no han sucedido, que podrían suceder o hubieren podido suceder. La suposición, en casos difíciles de probar, puede y debe ser tenida en cuenta, pues no deja de ser una máxima de experiencia. La extraordinaria complejidad de la prueba del daño ambiental requiere de elastizar posturas rígidas, para facilitar la labor judicial.⁶¹

4.10. Sentencia

Los efectos de las sentencias en los procesos de responsabilidad por daño ambiental, a raíz de la confluencia de intereses difusos, deberían extenderse a situaciones análogas, aún cuando los afectados no fueren parte del proceso. De esta forma, las sentencias en los procesos por responsabilidad ambiental deben romper con el principio de relatividad, aquel que indica que la misma despliega únicamente efectos entre las partes procesales, debiendo extenderse a todos aquellos a quienes pudiere interesar al ser copartícipes del mismo interés ventilado, esto por razones de conveniencia, certeza y economía procesal.

Lo ideal sería que las sentencias en procesos colectivos ambientales tuvieran efectos erga omnes y eficacia de cosa juzgada material, salvo que la acción sea denegada por falta de prueba, donde cualquiera podría intentar

59 Cafferatta N., *Proceso Colectivo Ambiental a la luz de la Ley 25675 General del Ambiente*, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero – marzo 2003, Editora Dos Tribunais, Brasil.

60 Artículo 93 CPCA.

61 Cafferatta, N. *Prueba y Nexo de Causalidad en el Daño Ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

nueva acción fundamentándose en nueva prueba. La eficacia erga omnes lo sería para beneficiar y se transmite a los demás, pero no para perjudicarlos.⁶²

Al respecto, el numeral 48 del CPCA dispone que aún la sentencia dictada en procesos unificados en donde confluyen intereses grupales, colectivos, corporativos o difusos, producen con su firmeza, cosa juzgada material respecto de todas las partes que haya concurrido en él. En cuanto a la extensión de los efectos de las sentencias fuera del ámbito de las partes procesales, el CPCA prevé un procedimiento especial precisamente para su extensión y adaptación, en este caso de la jurisprudencia a terceros interesados, sin que implique que las sentencias desplieguen efectos erga omnes.

Es así como el numeral 185 establece que los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, siempre que, en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado. La solicitud debe dirigirse a la administración demandada, en

forma razonada, con la obligada referencia o fotocopia de las sentencias, dentro del plazo de un año, a partir de la firmeza del segundo fallo en el mismo sentido. Si transcurren quince días hábiles sin que se notifique resolución alguna o cuando la administración deniegue la solicitud de modo expreso podrá acudir, sin más trámite ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; según corresponda.

La petición se formulará en escrito razonado, con el que se acompañará y ofrecerá la prueba que acredite su situación jurídica y, de ella, se da traslado a la contraria por el plazo de cinco días, para formular los alegatos y ofrecer las pruebas pertinentes. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, según corresponda, señalarán, una audiencia oral, la cual se celebrará en un plazo máximo de quince días hábiles, a partir de la notificación a las partes, con el objeto de definir la admisibilidad y procedencia de la solicitud.⁶³

Cuando la solicitud se estime procedente, se emitirá la resolución en la cual se ordenará la extensión y adaptación de los efectos de

62 Esta línea es la que sigue el proyecto de ley de Código Procesal General de Costa Rica, el cual dispone de reglas especiales para las sentencias en donde se discuten intereses difusos y colectivos. En estos casos el juez deberá delimitar la composición del grupo, indicando con precisión las pautas necesarias para individualizar a los sujetos a quienes se extenderán los efectos de cosa juzgada, deberá fijar las bases de la liquidación o adhesión de los términos de la ejecución y el procedimiento para reconocer los derechos de los interesados, incluyendo los no apersonados. Paso siguiente, ordenará publicar un extracto de la demanda así como del resultado de la sentencia firme o los términos del arreglo final. Las sentencias de intereses de grupo tendrá eficacia de cosa juzgada material si fuere estimatoria y con carácter general en beneficio de quienes se encuentren en idénticas condiciones, con la excepción si hubieren sido absolutorios en ausencia de pruebas, pudiéndose, en éste último caso, volver a plantear la misma cuestión en un nuevo proceso, siempre que sea otro sujeto procesal legitimado. Si la sentencia contiene una condena dineraria, la misma determinará individualmente las personas que deben entenderse por beneficiadas. Si dentro de la sentencia la determinación individual de beneficiarios no es posible, la misma establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago, y en su caso, para poder instar ejecución o intervenir en ésta.

63 Artículo 186 del CPCA.

los fallos; dicha resolución se hará efectiva por el trámite de ejecución de sentencia. Será denegada, cuando exista jurisprudencia contradictoria o no exista igualdad de objeto y causa.⁶⁴ Siempre queda abierta la posibilidad de que la Sala Primera y el Tribunal de Casación puedan modificar sus criterios jurisprudenciales, mediante resolución debidamente motivada, con efectos hacia futuro.⁶⁵

1- El artículo 130 del CPCA dispone que la sentencia que acuerde la inadmisibilidad o improcedencia de la pretensión solo produce efectos entre las partes. La que declare la invalidez de la conducta administrativa impugnada genera efectos para todas las personas vinculadas a dicha conducta. La anulación de un acto administrativo de alcance general produce efectos erga omnes, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas. La sentencia firme debe ser publicada íntegramente en el diario oficial La Gaceta, con cargo a la administración que la haya dictado. La estimación de pretensiones

de reconocimiento o de restablecimiento de una situación jurídica, solo producirá efectos entre las partes.

4.11 Ejecución de Sentencia y Reparación del daño ambiental

Durante la tramitación del proceso el juzgador tiene el deber de prevenir la consecución del daño ambiental, incluso el daño incierto científicamente; mientras que en sentencia, debe asegurar la descontaminación del ambiente dañado y restaurarlo en la medida de lo posible a la situación anterior al hecho dañoso. Por último, debe contemplar la indemnización de los derechos subjetivos de los sujetos afectados en sus bienes patrimoniales y extramatrimoniales.⁶⁶

Todo lo anterior, debe ser ordenado en sentencia y ejecutado aún de oficio⁶⁷, mediante el procedimiento previsto por el CPCA, al cual el juzgador debe amoldarlo con los principios ambientales de prevención, corrección a la fuente y contaminador pagador propios del

64 Artículo 187 del CPCA.

65 Artículo 188 del CPCA.

66 "Se parte de la existencia de dos clases de daños, por una parte, el daño particular o aquel sufrido por la persona o personas ofendidas, el cual requiere únicamente la puesta en peligro o la lesión, del bien jurídico, así como la constatación del daño acontecido sobre dicho bien, por otra parte se encuentra al daño social, o aquel que sucede sobre bienes jurídicos de naturaleza común o colectiva, o también, sobre bienes jurídicos individuales con repercusiones sociales, en donde la pérdida, menoscabo o detrimento lo sufre la colectividad como un todo, por lo que el interés en su reparación o restauración se encuentra diluido entre todos y cada uno de los sujetos de la colectividad, así como en el Estado mismo como garante de tal tipo de bienes" Peña Chacón, M., "La condena de ejecución condicional de la pena en los delitos ambientales", publicado en Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VIII, noviembre 2003, número 101, México; en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 11 de abril de 2006, año IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp. y en Ciberjure Portal Jurídico Peruano, www.ciberjure.com.pe, 16 de agosto de 2006, Perú

67 El CPCA es omiso en cuanto a la facultad procesal del juzgador de ejecutar su propia sentencia de manera oficiosa, aún sin instancia de parte, en procesos donde se ordene la reparación del ambiente, pero lo cierto del caso es que tratándose de un interés público constitucional y legalmente tutelado y de un juez comprometido socialmente con la causa ambiental, debe llegarse a la ineludible conclusión que dentro de sus deberes se encuentra el de ordenar, aún de oficio, la reparación y recomposición del ambiente degradado.

derecho ambiental.⁶⁸ La sentencia que ordena la reparación del ambiente degradado debe fijar los plazos y etapas para su concreción así como aquellas formas de control para su cumplimiento.⁶⁹ Cuando la condena recae de forma solidaria⁷⁰ entre varios sujetos (físicos o jurídicos, públicos o privados) lo ideal es que la misma señale la cuota porcentual por la que responderá cada uno ellos.⁷¹

El sistema de reparación ideal del medio ambiente es aquel que restituye las cosas, objetos o bienes al estado anterior a aquel en que aconteció el daño. En doctrina se la ha denominado a este tipo de reparación "Reparación in natura" o "Reparación quo ante", siendo el término más apropiado para denominar a este tipo de reparación "Restitutio in pristinum", pues este último vocablo, no solo

68 Al respecto el artículo 122 del CPCA dispone que cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, entre otros, los siguientes pronunciamientos: **a)** Declarar la desconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexos. **b)** Anular, total o parcialmente, la conducta administrativa. **c)** Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso. **d)** Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello. **e)** Declarar la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo. **f)** Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública. **g)** Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico. **h)** En los casos excepcionales en los que la Administración sea parte actora, se podrá imponer a un sujeto de Derecho privado, público o mixto, una condena de hacer, de no hacer o de dar. **i)** Declarar la desconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d) de este artículo. **j)** Ordenar a la Administración Pública que se abstenga de adoptar o ejecutar cualquier conducta administrativa, que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona. **k)** Suprimir, aun de oficio, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida a proceso, cuando sea disconforme con el ordenamiento jurídico. **l)** Hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima. **m)** Condenar al pago de los daños y perjuicios, en los siguientes términos: **i)** Pronunciamiento sobre su existencia y cuantía, siempre que consten probados en autos al dictarse la sentencia. **ii)** Pronunciamiento en abstracto, cuando conste su existencia, pero no su cuantía. **iii)** Pronunciamiento en abstracto, cuando no conste su existencia y cuantía, siempre que sean consecuencia de la conducta administrativa o relación jurídico-administrativa objeto de la demanda.

69 Al respecto puede consultarse la resolución 2003-0366 de las once horas cincuenta y cuatro minutos del cinco de mayo del dos mil tres del Tribunal Superior de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

70 Tratándose de materia ambiental, lo ideal es que la responsabilidad civil sea de tipo solidaria. Así lo establece expresamente el numeral 101 de la Ley Orgánica del Ambiente el cual reza lo siguiente "Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica." Basándose en los lineamientos generales otorgados por el numeral 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, en los procesos en donde se discuta afectaciones al medio ambiente o a la diversidad biológica, responden de manera solidaria todos y cada uno de los sujetos que hayan contribuido, sea por acción u omisión, a la consecución del daño acontecido. Dentro de los sujetos sobre los cuales puede recaer responsabilidad se encuentran todo tipo de personas físicas o jurídicas, representantes o directores de las personas jurídicas, así como sobre funcionarios públicos y profesionales en materia de EIA y de monitoreo y control sobre planes de manejo encomendados a su cargo.

71 Así lo dispone el artículo 135 de las Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según ley 4891 del 8 de noviembre de 1971 que dispone: "Es solidaria la obligación de los partícipes en un hecho punible en cuanto a la reparación civil; pero entre ellos cada uno responderá por la cuota que le señale el juez, según su participación".

abarca la restitución de las cosas a su estado anterior, sino que engloba la prevención de futuros daños, gracias a la adopción de medidas correctoras.⁷²

De esta forma, en la medida de lo posible, la “restitutio in pristinum” debe ser siempre la primera medida que el juzgador ha de procurar en sentencia, cuando se produce un daño al ambiente, y únicamente cuando conste en el expediente fehacientemente que dicha reparación es imposible de realizar, ya sea por la irreversibilidad del daño, o bien, por un costo económico desproporcionado e irracional, ordenará alguna otra forma de reparación del entorno.⁷³

Si bien es cierto, la reparación in pristinum es la forma idealizada de reparar el daño ambiental, la misma acarrea una serie de dificultades tanto en su planeamiento como en su ejecución, entre ellas: el margen de discrecionalidad con que

generalmente se cuenta a la hora de realizar las obras que recomponen el ambiente, o bien, la de encontrar y armonizar los diferentes criterios técnicos y científicos sobre la forma de llevar a cabo la reparación, y por último y la más importante, la dificultad que acarrea cualquier recomposición al estado anterior de las cosas, por la falta en muchas ocasiones, de conocimientos científicos acerca de cómo era el entorno antes del hecho acaecido. Es así como, bajo ciertas circunstancias donde los daños no son excesivos, el criterio técnico y científico establece que es mejor dejar que la misma naturaleza se encargue de su regeneración, y aplicar otras formas de reparación del ambiente.

Cuando el daño es irreversible, o bien, el costo de la reparación violenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se debe buscar otras formas de composición del daño acaecido.⁷⁴ Una de estas formas es la restauración equivalente

72 Sánchez, A.J., La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente, *Medio Ambiente y Derecho*, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2002., www.cica.es/aliens/gimadus

73 Al respecto el numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.” Tratándose de bosques, la Ley de Aguas en su numeral 151 obliga al infractor a reponer los árboles destruidos en terrenos situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación, aquellos que puedan ser explotados sin necesidad cortarlos, así como los situados en terrenos atravesados por ríos, arroyos, o en bosques donde existan manantiales. Específicamente en materia de humedales, el artículo 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con multa de cien mil colones convertible en pena de prisión de uno a dos años, quien drene lagos, lagunas no artificiales y demás humedales, sin la previa autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de drenaje, para lo cual se faculta a la Dirección precitada, a fin de efectuar los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor. También en materia de minería el Código de Minería en su artículo 24 establece la obligación del titular del permiso de exploración de “cegar las excavaciones que hiciera y en todo caso, a pagar los daños y perjuicios que causare, a criterio de la Dirección o a juicio de peritos.” Por último, tratándose de degradación de suelos el numeral 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos establece “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados.”

74 En cuanto al excesivo costo económico por la reparación a realizar, es importante recalcar que en estos casos, el principio de proporcionalidad debe relajarse un poco, y únicamente cuando el costo económico de la reparación sea realmente exorbitante, se procederá a otro sistema de reparación que no sea en la recomposición ambiental en la fuente donde aconteció el daño.

o también llamada restauración alternativa⁷⁵, la cual consiste en realizar obras componedores del ambiente, ya no en el lugar o fuente donde aconteció, sino en otros ecosistemas que si permitan la recomposición de sus elementos, y que igualmente se encuentran degradados.

Todo daño ambiental produce daños biofísicos y sociales, esto implica necesariamente una cuantificación económica. La valoración del daño en términos económicos acarrea siempre el problema de otorgar valor a bienes que por lo general son públicos y carecen de valor de mercado, de igual forma, existen problemas para fijar las bases y parámetros con los cuales fijar el valor de las indemnizaciones.⁷⁶ De esta forma, es necesario evaluar los daños con el fin de conocer el valor económico de los recursos naturales y de los servicios dados a la comunidad, y que a la postre, se han disminuido o perdido, al tiempo que hay que medir el deterioro sufrido y evaluar los recursos dañados.

Si bien, el tema de la obligatoriedad de la reparación ambiental como consecuencia de actividades humanas ha sido ampliamente desarrollado tanto por la legislación como por la jurisprudencia costarricense, la forma en que ello debe llevarse a la práctica se encuentra prácticamente a la libre, no existiendo por tanto, normativa que fije los lineamientos básicos al respecto.

Al condenado en sentencia (sea a la Administración condenada y/o al particular que contribuyó al daño ambiental) les corresponde la reparación del ambiente degradado, pero cuando no haya sido posible determinar al sujeto pasivo de la obligación de recomposición, esta tarea le corresponderá realizarla al propio Estado, aunque no haya sido el causante del mismo. La obligación estatal en proteger y reparar los daños acontecidos en contra medio ambiente como bien de naturaleza común o colectiva, deviene de Constitución Política, Tratados Internacionales, y de la normativa de rango inferior.⁷⁷

75 “En cuanto a la restauración equivalente, la recuperación de los bienes dañados puede en ocasiones sortear ciertos obstáculos, mediante la creación en otro lugar próximo o remoto, de las condiciones que hicieron posible el éxito de la vida en el ecosistema dañado, reconstruyendo por ejemplo hábitat, repoblando tierras, o soltando alevines en cauces”. Martín Mateo, R., Valoración de los daños ambientales, en Seminario sobre Daño Ambiental, recopilación realizada por la Procuraduría General de la República, 1999.

76 “Para la doctrina alemana la valoración del daño ambiental requiere dos análisis: en primer lugar establecer el tipo y el grado de efectos negativos sobre el ambiente; es necesario determinar si una particular mutación del ambiente, causado por la actividad humana, tendría efectos contrarios sobre el ambiente y debe por esto considerarse un daño ambiental en el que consista tal daño. En segundo lugar la entidad daño debe ser valorada en términos económicos. El daño comprende los costos de saneamiento, costos para la cesación de cierta actividad, costos de sustitución; la propuesta a pagar por un informe de mejoramiento de tipo ambiental; la propuesta a vender los propios derechos, esto es aceptar una indemnización a cambio de tolerar hasta un cierto deterioro ambiental” Rehbinder, E., “Il danno ambientale come danno economico e giuridico”.

77 Tratados internacionales y Declaraciones Ambientales suscritas por Costa Rica, entre las que se encuentran: Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo del 2002, vienen a reafirmar ese poder – deber del Estado de proteger el medio ambiente previniendo acciones que lleguen a degradarlo. De igual forma, subsiste la obligación estatal de sancionar a los sujetos infractores de la normativa ambiental, y de aplicar los principios propios del derecho ambiental internacional. Al efecto el texto constitucional costarricense en el párrafo segundo del artículo 50 establece “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.” El numeral 41 de la Constitución Política establece “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles

(continúa en la siguiente página)

4.12. Prescripción y plazo para interposición del reclamo.

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales, los efectos sobre la salud y el medio ambiente causados por las alteraciones realizadas por el ser humano son generalmente desconocidas y en algunas ocasiones imposibles de conocer, pudiendo ser producto de un proceso dilatado en tiempo, generado por un único acto o bien por una serie de actos sucesivos cuya conflagración provoca un daño mayor a aquel que se produciría por cada una de los hechos individualmente tomados.

Porello, lo ideal sería extenderlo al máximo posible cualquier plazo de prescripción del derecho

a reclamar la recomposición del ambiente, dándole por tanto la oportunidad a los sujetos afectados, ya sea directa o indirectamente, de interponer acciones judiciales tendientes a resarcir el daño acontecido, con el fin que el tiempo no se convierta en una barrera procesal que coarte el derecho de cualquier sujeto a reclamar la recomposición del ambiente. Siguiendo el criterio utilizado para los delitos de lesa humanidad, podría pensarse en la implementación de la imprescriptibilidad de las acciones dañinas al medio ambiente o bien, al menos la suspensión de plazos mientras la acción dañina o bien el daño se encuentren desplegando efectos, lo anterior sustentado en el hecho de formar parte de los derechos humanos de tercera generación.

justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Además, el párrafo segundo del numeral 28 constitucional enuncia "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley", lo cual viene a marcar el terreno en cuanto a la protección y reparación del ambiente, pues interpretando a contrario sensu, el deber del Estado en intervenir en la protección y restauración del ambiente se encuentra supeditado a que las conductas que se les achaque a particulares dañen la moral, el orden público o causen daño a terceros. Es importante recalcar que la Constitución Política reconoce una serie de derechos y facultades a los particulares que en teoría podrían encontrar roces con el derecho a un ambiente sano. Al respecto, y de conformidad con el principio de lesión, el ejercicio legítimo de un derecho tiene como límites los derechos de los demás y el ejercicio racional del mismo. Por ello, el numeral 22 del Código Civil de Costa Rica establece la teoría del abuso del derecho, por medio del cual la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial de éste, por lo que todo acto u omisión que sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a un tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. De igual forma, y en desarrollo del deber de reparación, el mismo Código Civil de Costa Rica en su numeral 1045 recoge el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Dicho principio llevado al derecho ambiental se encuentra contenido dentro del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente que al efecto reza "Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión". En concordancia con lo anteriormente expuesto, los artículos 45, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas, "El estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad"; "La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y Energía y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes"; "Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados".

Sobre el tema, el artículo 41 del CPCA dispone de manera general que el plazo máximo para incoar el proceso es el mismo que dispone el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción para el respectivo derecho de fondo, que tratándose del derecho a reclamar daños a la Administración Pública y sus servidores correspondería al término cuatro años establecido por el numeral 198 de la Ley General de Administración Pública, mientras que tratándose de particulares habría que sujetarse al plazo de la prescripción ordinaria establecido por el numeral 868 del Código Civil de diez años.

Además, y tratándose de la impugnación de actos administrativos son impugnables aquellos absolutamente nulos, para efectos de su anulación e inaplicabilidad futura, así como las conductas omisivas, mientras subsistan sus efectos continuados, pero ello únicamente para su anulación e inaplicabilidad futura, siendo el plazo máximo para interponer el proceso será de un año a partir del día siguiente al cese de sus efectos.

4.13. Procedimiento de trámite preferente para la protección del interés público ambiental.

El artículo 60 del CPCA faculta al juez tramitador, de oficio o a gestión de cualquiera de las partes, cuando considere que el

asunto bajo su instrucción reviste urgencia o necesidad o es de gran trascendencia para el interés público, directamente remitir al conocimiento del tribunal de juicio, para que este decida si se le da trámite preferente, mediante resolución motivada que carece de recurso de impugnación.

Por urgentes, de necesidad o de gran trascendencia para el interés público, deberían interpretarse todas aquellas controversias jurídicas originadas en las actividades y conductas humanas de acción u omisión cuyo efecto impacte de manera grave y negativa valores fundamentales como la vida, la salud y el ambiente, los recursos naturales, la integridad de los ecosistemas, la biodiversidad, la belleza escénica y el dominio público. Por ello, los procesos contencioso administrativos de responsabilidad por daño ambiental, en donde sea necesario prevenir, cesar o reparar los efectos negativos del acto, actividad, obra o proyecto, degradante del ambiente o de la salud de los administrados, debería seguir este tipo de procedimiento especial y expedito.

De dársele trámite preferente, se da traslado de la demanda y se concede un plazo perentorio de cinco días hábiles para su contestación. Cuando resulte necesario, el tribunal puede disponer celebrar una única audiencia en la que conocerá y resolverá sobre los extremos propios de una audiencia preliminar,⁷⁸ se

78 De conformidad con el numeral 90 del CPCA en la audiencia preliminar, en forma oral, se resuelve: **a)** El saneamiento del proceso, cuando sea necesario, resolviendo toda clase de nulidades procesales, alegadas o no, y las demás cuestiones no atinentes al mérito del asunto. **b)** La aclaración y el ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda y contestación y réplica, cuando, a criterio del juez tramitador, resulten oscuros o imprecisos, sea de oficio o a gestión de parte. **c)** La intervención del coadyuvante. **d)** Las defensas previas. **e)** La determinación de los hechos controvertidos y con trascendencia para la resolución del caso y que deban ser objeto de prueba. Durante la audiencia, las partes podrán ofrecer otros medios de prueba que, a juicio del juez tramitador, sean de interés para la resolución del proceso y se refieran, únicamente, a hechos nuevos o a rectificaciones realizadas en la propia audiencia. También se resolverá la admisión de los elementos probatorios ofrecidos, cuando así proceda, se rechazarán los que sean evidentemente impertinentes o inconducentes, y se dispondrá el señalamiento y diligenciamiento de los que correspondan.

evacuara la prueba y oiran conclusiones de las partes. De no haber pruebas por evacuar se prescindira de la audiencia oral y publica. Unicamente cuando surjan hechos nuevos o deba completarse la prueba a juicio del tribunal, podra celebrarse una nueva audiencia.

El sealamiento de la audiencia tiene prioridad en la agenda del tribunal. Si la conversi3n del proceso se produce en una oportunidad procesal posterior, el tribunal dispondra el ajuste correspondiente a las reglas de dicho parrafo. La sentencia debera dictarse en un plazo m3ximo de cinco d3as h3biles, contados a partir del d3a siguiente a aquel en que se decidi3 darle tr3mite preferente al proceso o, en su caso, a partir de la celebraci3n de la ulti3ma audiencia. En caso de ser planteado, la resoluci3n del recurso de casaci3n tendr3 prioridad en la agenda del Tribunal de Casaci3n de lo Contencioso-Administrativo o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, segun corresponda. El recurso debera resolverse en un plazo de diez d3as h3biles

CONCLUSIONES

Mientras no sea creada una jurisdicci3n ambiental especial, los procesos de responsabilidad por da3o ambiental deben ventilarse en las v3as procesales disponibles. Trat3ndose de la responsabilidad ambiental de la Administraci3n P3blica derivada de su funcionamiento normal o anormal, l3cito o il3cito, es la jurisdicci3n contenciosa administrativa la competente para dilucidar este tipo de controversias jur3dicas.

Como se ha demostrado a lo largo del presente estudio, muchos de los principios propios del derecho ambiental y de la responsabilidad por da3o ambiental, o est3n ya contemplados, o pueden integrarse v3a interpretaci3n e integraci3n al proceso contencioso administrativo, siempre y cuando el operador haga un buen uso de las herramientas que proporciona el mismo ordenamiento jur3dico, siendo el procedimiento de tr3mite preferente el ideal para resolver este tipo de controversias.

No obstante lo anterior, el legislador opt3 por obviar la posibilidad de regular procesos colectivos (tan comunes y necesarios en materia de responsabilidad por da3o ambiental) dentro de la jurisdicci3n contenciosa administrativa, pese a los t3midos art3culos que regulan el denominado proceso unificado, evitando con ello lidiar con la complejidad que implica integrar los intereses difusos y de normar las conciliaciones en procesos con pluralidad de partes y de afectados, tampoco le otorg3 a las sentencias eficacia erga omnes prefiriendo crear un nuevo procedimiento de adaptaci3n de la jurisprudencia a terceros.

Se debe recordar que para un pa3s como Costa Rica, que se jacta a nivel internacional de ser pionero y l3der en la conservaci3n de la naturaleza, es de suma importancia contar con las v3as procesales apropiadas para resolver de la manera m3s apropiada los conflictos de car3cter ambiental. Esta nueva normativa re3ne los requisitos m3nimos necesarios para que esto se cumpla, con la esperanza que el factor econ3mico que implica su correcta implementaci3n, por esta vez, no mediatice la aplicaci3n del derecho ambiental

BIBLIOGRAFÍA

Cafferatta, N3stor., *La prueba en el da3o ambiental*, publicado en la Revista Brasileira de Direito Ambiental, enero/marzo 2005, Editora Fiuza, vol 01, a3o 01.

Cafferatta, N3stor., *El principio de prevenci3n en el Derecho Ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, n3mero 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

Cafferatta, N3stor., *Prueba y Nexo de causalidad en el da3o ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, n3mero 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

Cafferatta N3stor., *Proceso Colectivo Ambiental a la luz de la Ley 25675 General del Ambiente*, en Revista de Direito Ambiental, a3o 8, enero – marzo 2003, Editora Dos Tribunais, Brasil.

Conde Antequera, Jos3., *La responsabilidad de la Administraci3n por da3os al medio ambiente*, en “Medio Ambiente y Derecho” Revista Electr3nica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, n3mero 11, diciembre 2004, accesible en la direcci3n:.

Goldenberg, Isidoro., *Da3o Ambiental, Problem3tica de la determinaci3n causal*, Editorial Abeledo Perrot, 2001.

Mart3n Mateo, Ram3n, *Valoraci3n de los da3os ambientales*, en Seminario sobre Da3o Ambiental, recopilaci3n realizada por la Procuradur3a General de la Rep3blica, 1999.

Pe3a Chac3n, Mario, *Legitimaci3n Procesal en el Derecho Ambiental*, en Revista de Direito Ambiental, a3o 8, enero-marzo 2003, n3mero 29, Brasil.

Pe3a Chac3n, Mario, *Da3o, Responsabilidad y Reparaci3n del Medio Ambiente*, Editorial Investigaciones Jur3dicas S.A., 2006, San Jos3., p3gina 27.

Pe3a Chac3n, Mario, *Los principios de la responsabilidad ambiental a la luz de la jurisprudencia administrativa del Tribunal Ambiental de Costa Rica*, publicado en la Revista Lex Difusi3n y An3lisis, a3o VIII, abril 2004, n3mero 106, M3xico, y en elDial.com Biblioteca Jur3dica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 24 de abril de 2006, a3o IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp

Pe3a Chac3n, Mario, “*La condena de ejecuci3n condicional de la pena en los delitos ambientales*”, publicado en Revista Jur3dica Lex difusi3n y an3lisis, a3o VIII, noviembre 2003, numero 101, M3xico; en elDial.com, Biblioteca Jur3dica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 11 de abril de 2006, a3o IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp y en Ciberjure Portal Jur3dico Peruano, www.ciberjure.com.pe, 16 de agosto de 2006, Per3 Reh binder, E., “Il danno ambientale come danno economico e giuridico”.

Sánchez, A.J, La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente, Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2002., www.cica.es/aliens/gimadus/

EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD GARANTIA PRIMIGENIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ronaldo Hernández H.
M.Sc. Derecho Público
Especialista Derecho Mercantil
Doctorando egresado

INTRODUCCIÓN

La creación de la Sala Constitucional, significó un viraje insospechado en el quehacer jurídico costarricense y consecuentemente en el diario vivir de la sociedad civil, quien encontró en éste órgano jurisdiccional, la respuesta a la tutela y protección de sus derechos fundamentales.-

Este Tribunal, instrumentó la tutela de los derechos fundamentales de los costarricenses y extranjeros mediante los siguientes mecanismos procesales:

- 1- Acción de inconstitucionalidad
- 2- Consultas de constitucionalidad (legislativas y judiciales)
- 3- Recurso de Hábeas Corpus
- 4- Recurso de amparo
- 5- Conflictos de competencia

Esta ponencia se nucléa, en lo pertinente, a dar a conocer sobre las consultas de constitucionalidad de fuente legislativa, cuya finalidad es establecer un control a priori de los proyectos de ley, tanto en su forma como en contenido, siendo que los vicios detectados por la Sala son vinculantes para la

Asamblea Legislativa y, en consecuencia, se tienen por eliminadas del respectivo proyecto aquellas normas que se hayan aprobado con violación de requisitos y procedimientos constitucionales o reglamentarios esenciales. En esencia, una protección insoslayable de carácter general de la extensión legal de los derechos fundamentales.-

La consulta legislativa está conformada por: las preceptivas y las facultativas. La primera se caracteriza por su obligatoriedad y su naturaleza previa a la aprobación final del proyecto de ley. La segunda, su flexibilidad en cuanto al ámbito y requisitos, facilita que se convierta en un mecanismo de control político por parte de una minoría política.

“...La opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos puede ser requerida de manera preceptiva (inciso a del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional) o facultativa (incisos b, c y ch del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional). En este último caso se tienen tres supuestos, en el primero es el mismo órgano parlamentario quien la realiza –cuando se presente por no menos de diez diputados-, en el segundo se trata de la consulta de proyectos de ley referidos a la competencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría

General de la República, presentada por éstos mismos órganos, y en el tercero la consulta la puede presentar el Defensor de los Habitantes cuando considere que se infringen derechos o libertades fundamentales...” Sentencia N° 09618 del 20 de julio de 2005, dictada por la Sala Constitucional

Control previo de constitucionalidad - Su reseña

La Corte Plena del Poder Judicial, ejercicio desde la década de los 30's el control concentrado de constitucionalidad y mantenía dentro de sus atribuciones y competencias típicas y ordinarias, la definición de cuales eran las leyes, decretos, acuerdos o resoluciones inconstitucionales.

Pragmáticamente por el excesivo formalismo, el ejercicio de dichas competencias se vio residuado a eventos normativos menores sin mayor trascendencia socio política.-

El 27 de setiembre de 1989, se crea la Sala Constitucional, integrada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos nombrados por la Asamblea Legislativa.- Para crearla y otorgarle la facultad de conocer todos aquellos asuntos relacionados con la violación de los derechos y garantías contemplados en la Constitución Política y los Tratados Internacionales y de Derechos Humanos vigentes en nuestro país, fue necesario reformar, mediante Ley N° 7128 del 18 de agosto de 1989, los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política; esto debido a que antes de su nacimiento jurídico, el conocimiento de los hábeas

corpus y las cuestiones de inconstitucionalidad correspondían a la Corte Plena y el de los amparos a la Sala Primera y los jueces penales, según fuera la autoridad emanadora de la conducta denunciada.-

Por ley número 7531 del 11 de octubre de 1989, llamada “Ley de la Jurisdicción Constitucional”, se dispuso la estructura, integración y forma en que tramitaría los asuntos sometidos a su conocimiento. Con la modernización del sistema de control constitucional costarricense, se introdujeron mecanismos y procedimientos más ágiles y menos formalistas para la garantía de supremacía de la Constitución Política y del ejercicio y disfrute pleno de los derechos constitucionales por parte de los habitantes de la República.

La Consulta Institucional

La Consulta Constitucional también llamada consulta institucional, es aquel mecanismo por medio del cual, la Asamblea Legislativa se ve forzada a solicitar el criterio de instituciones como el Tribunal Supremo de Elecciones, la Corte Suprema de Justicia, las Universidades, las Instituciones Autónomas, etc., sobre determinado proyecto de ley, cuya materia esté relacionada con las funciones o atribuciones de estos órganos. El estimado docente Dr. Fernando Castillo Víquez¹ sostiene que esa opinión, incluso puede ser sobre proyectos de ley, que atañan directa o indirectamente a esos entes. Considera, además, que esa facultad es un límite a la función legislativa.

Varios ejemplos: a) en materia electoral, el ar-

¹ Castillo Víquez, Fernando. *La Consulta Constitucional y la Consulta de Constitucionalidad*. Revista de Derecho Constitucional No. 1. Publicaciones Periódicas. San José Costa Rica 1991. Pág. 121.

título 97 de la Constitución Política establece que, cuando se esté en discusión de un proyecto de esta naturaleza, la Asamblea tendrá que consultar al Tribunal Supremo de Elecciones. b) en lo relativo al Poder Judicial, el numeral 167 constitucional, establece que cuando se trate de proyectos sobre el funcionamiento del Poder Judicial, la Asamblea igualmente y con carácter preceptivo, lo consultará a la Corte Suprema de Justicia. c) en cuanto a las Instituciones Autónomas, al discutirse un proyecto de ley relacionado con una de ellas, la Asamblea pedirá la opinión del ente en cuestión.

Excepción vinculante: cuanto de proyectos relacionados con la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo de Elecciones se trate, el Poder Legislativo podrá desligarse de ese dictamen u opinión con una votación no menor de los dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa, dándose la dispensa respectiva.

Cuando así lo considere la Asamblea, durante la discusión de un proyecto, se suspenderá el conocimiento del proyecto. Si transcurridos ocho días hábiles no se recibe la respuesta, surge un silencio positivo, entendiéndose que el organismo consultado no tiene objeción que hacer al proyecto. En caso de que éste hiciera observaciones al proyecto, pasará automáticamente a la comisión respectiva, si la Asamblea aceptara dichas observaciones. Si por el contrario, las desecha el asunto continuará su trámite ordinario.

² Piza Escalante, Rodolfo. *La Jurisdicción Constitucional*. Seminario sobre Justicia Constitucional. Editorial Juricentro, 1993. Págs. 11 y 12.

La Consulta de Constitucionalidad

Surge jurídicamente con la creación de la Sala Constitucional. Se motiva su inserción como una necesidad jurídica; ya que no existía un órgano especializado que tramitara en forma general, los conflictos de competencia constitucional. Se adscribe como una sala más dentro de la organización jurisdiccional del Poder Judicial y en palabras de uno de sus magistrados “fundadores” don Rodolfo Piza señala: “... con la supremacía y autonomía de un verdadero Tribunal Constitucional independiente”²

Es así entonces, que por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre ciertos proyectos legislativos estipulados en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Marco Jurídico

La Constitución Política, la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa (Reglamento de la Asamblea) regulan lo relativo a la Consulta de Constitucionalidad. En el artículo 10, inciso b) del texto constitucional, se le confiere a la Sala competencia para conocer las consultas sobre proyectos de reforma constitucional y aprobación de tratados y convenios internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En esta última se contemplan, del artículo 96 al 101, diversos aspectos relativos a la consulta:

- a) los casos en que la Asamblea Legislativa obligatoriamente consulta;
- b) los casos en que un número no menor de diez diputados y determinados órganos constitucionales, en materia de su competencia consultan facultativamente;
- c) el monto de formular la consulta;
- d) el trámite en la propia Sala; y
- e) obligatoriedad del acatamiento de la opinión consultiva que tiene la Asamblea Legislativa, cuanto el dictamen se refiere a trámites inconstitucionales.

Finalmente, el Reglamento de la Asamblea complementa las disposiciones jurídicas en tomo a la consulta de constitucionalidad y, en particular, se desarrolla el trámite que sigue la opinión consultiva de la Sala dentro de la Asamblea Legislativa, en la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, la cual analiza el dictamen de la Sala y rinde el informe al Plenario.

Su concepto o definición

Se puede definir la consulta de constitucionalidad como:

“Trámite del procedimiento legislativo, mediante el cual el Directorio de la Asamblea preceptivamente y un número no inferior a diez diputados o determinados órganos no parlamentarios, ambos de modo facultativo, requieren de la Sala Constitucional su juicio o criterio-vinculante si se refiere a trámites o procedimientos sobre la armonía entre determinado proyecto de ley y la Constitución Política”.³

De esta definición surgen varios rasgos constitucionales:

Es un trámite parlamentario. Significa que opera dentro del procedimiento legislativo⁴, sin embargo, algunos órganos independientes del Parlamento, como la Contraloría General de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Corte Suprema de Justicia y el Defensor de los Habitantes, pueden formular consulta sobre proyectos de ley de su competencia.⁵

³ Hugo Alfonso Muñoz Quesada. *Las Comisiones Legislativas Plenas*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. Segunda edición, mayo del 2000. Página 78.

⁴ “No debe perderse de vista que el procedimiento legislativo es un instrumento de garantía de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador mismo, y una protección para las minorías legislativas. De modo que ese procedimiento reviste un carácter sustantivo como criterio de constitucionalidad, en el tanto que la ausencia o alteración de esa garantía determina la invalidez de la ley en cuya elaboración falte o se varíe la respectiva forma procedimental”...Sala Constitucional, voto número 1996-06859 de las 14:42 hrs del 17 de diciembre de 1996.

⁵ La ley excluye al Poder Ejecutivo como legitimado para formular la consulta, porque en la propia Constitución Política se establece que cuando este órgano rehusa el “ejecútese” de un decreto legislativo, y lo veta por razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea, el proyecto necesariamente se remite a la Sala Constitucional para que resuelva el diferendo dentro de los treinta días naturales a la recepción del expediente. Dependiendo de lo que ésta resuelva, el proyecto deberán eliminarse las disposiciones inconstitucionales y las demás se enviarán a la Asamblea Legislativa para la tramitación correspondiente.

Es preceptiva o facultativa, según el caso.

El objeto de la consulta radica en requerir el criterio, juicio o dictamen u opinión de la Sala **sobre la constitucionalidad del contenido y procedimientos de determinados proyectos, lo cual sin duda alguna fortalece y protege el contenido esencial de los derechos fundamentales, flexibilizados, desarrollados e instrumentalizados en leyes ordinarias.-**

La Sala emite un dictamen de acatamiento obligatorio para la Asamblea cuando versa sobre trámites considerados inconstitucionales por la Sala Constitucional; pero no es vinculante si se refiere al contenido del proyecto, lo que evidencia la debilidad de este instituto.

Tipos de Consultas

En nuestro ordenamiento jurídico corren dos figuras que tienden a realizar un examen previo sobre los proyectos en general. Se trata de la consulta preceptiva y de la consulta no preceptiva.

A- Consulta legislativa preceptiva

Se caracteriza por su obligatoriedad y por ser previa a la aprobación final del respectivo proyecto de ley. Los textos que la Asamblea Legislativa tiene necesariamente que consultar a la Sala Constitucional un proyecto de ley, son tres:

- Proyectos de reforma a la Constitución. La importancia está en el poder reformador de la Asamblea como instrumento para modificar la propia Constitución.

⁶ Ver en ese sentido los votos números 460-91 y 693-91.

⁷ Sala Constitucional, voto número 1990-01027 de las 17:30 hrs del 29 de agosto de 1990.

- Proyectos de ley de aprobación de Convenios o Tratados Internacionales. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el contenido del Tratado Internacional no se puede modificar, por lo que es de vital importancia identificar previamente si éste tiene algún roce con la Constitución.⁶
- Reformas que se planteen a la propia Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se justifica bajo el interés de dar un poco de estabilidad a la Jurisdicción Constitucional.

Para efectos de la consulta preceptiva no se consideran dentro del supuesto de los tratados internacionales los empréstitos o contratos de préstamos, tanto de carácter internacional como internos, ni los convenios similares. Pero los proyectos de ley para la aprobación de estos convenios pueden ser consultados por la vía de la consulta voluntaria.⁷

B- La Consulta no preceptiva

Está regulada en el artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual estipula: b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente con un número no menor de diez diputados.”

Los proyectos de consulta preceptiva pueden también ser consultados por la vía de la consulta facultativa. De admitirse una interpretación en contrario —ha indicado la Sala Constitucional— se desvirtuaría uno de los sentidos principales

del control previo, pues en esa vía facultativa, a diferencia de la preceptiva, es posible plantear dudas u objeciones concretas que, de otro modo, la Sala podía no considerar.

Un número no menor de diez diputados podrá realizar la consulta no preceptiva, la cual deberá formularse en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos por los cuales se tuvieren dudas u objeciones sobre su constitucionalidad. Los diputados deberán remitir copia del memorial a la Presidencia de la Asamblea, para comunicarle que ha sido formulada consulta sobre determinado proyecto.

Al ser facultativa, la consulta puede ser retirada o revocada por el consultante:

“...En el caso que se analiza la consulta fue interpuesta por diez diputados. No obstante, posteriormente, por escrito presentado a las nueve horas veinticuatro minutos del veinte de junio del dos mil dos, los diputados Humberto Arce Salas, Rafael Ángel Varela Granados y Edwin Patterson Deive, manifiestan su voluntad de retirar las firmas, por cuanto señalan que tuvieron acceso a nuevos elementos de derecho que les han permitido concluir que el proyecto de ley, está acorde con la Constitución y por estimar que es conveniente para el país y no debería retrasarse el trámite de aprobación. En consecuencia, considera la Sala que la consulta es inevaluable, dado que subsisten únicamente siete firmas, las cuales son insuficientes para que resulte admisible una consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional citado. Al respecto, esta Sala ha señalado:

I.-DELAIMPROCEDENCIADELACONSULTA FORMULADA. El artículo 96 inciso b.) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone

que cuando se trate de una consulta legislativa “ **facultativa** “, ésta deberá ser promovida por un número no menor de diez Diputados, por lo cual, habiendo desistido tres de los diputados consultantes que interpusieron esta consulta, en virtud de la solicitud que hicieron los diputados Oscar Campos Chavarría, Alvaro Torres Guerrero y Walter Muñoz Céspedes –visible a folio 34 del expediente-, se mantienen únicamente siete diputados para su tramitación, lo que hace que no se de cumplimiento al requisito del número de consultantes establecido por ley, razón por la que resulta inadmisibles la consulta, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en relación con el inciso b) del artículo 96 *ibídem*.” (Sentencia 1999-07886 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve). Igualmente se pronunció:

“El artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional exige que las consultas no preceptivas sobre proyectos de ley en discusión en la Asamblea Legislativa, sean presentadas por un número no menor de diez diputados. En el caso que ahora interesa, seis de los once diputados que inicialmente suscribieron esta consulta, desistieron de la misma. En consecuencia y no habiéndose mantenido el requisito de estar formulada por al menos diez diputados, conforme lo preceptúa el artículo citado, se ordena archivar el expediente.” (Sentencia 1990-01552 de las 17:30 horas del 11 de junio de 1990, en el mismo sentido: 1555-90, y 6122-93)

Y sobre su desistimiento apuntó que:

Por la naturaleza misma de dicha consulta y su carácter facultativo; quienes la planteen pueden desistir de hacerlo en cualquier momento. Así las cosas, en virtud de lo expuesto, no procede evacuar la consulta formulada. Los magistrados Armijo, Batalla y

Rodríguez, salvan el voto y ordenan continuar con el trámite de la consulta...” Sentencia N° 06452 del 02 de julio de 2002 dictada por la Sala Constitucional

Trámite de la consulta de constitucionalidad

Durante el proceso de formación de la ley es posible consultar a la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad⁸ del proyecto, con el fin de corregir, antes de su aprobación por debate consiguiente, los defectos de ese carácter que pudiera tener la propuesta, con lo que se ahorra tiempo y esfuerzo y se promueve una mejor y más eficaz elaboración de las leyes.

Presentación de la consulta

La consulta preceptiva debe hacerse de oficio, a través del Directorio de la Asamblea Legislativa. No se admite esta facultad a los diputados considerados individualmente ni a los funcionarios de la Asamblea. Si el Directorio estima que un proyecto de ley no debe ser obligatoriamente consultado, por no estar en los supuestos de la Ley y decida, por tanto, no hacer la consulta, podría la Asamblea mediante moción de orden aprobada al efecto, decidir que el proyecto sea consultado y el Directorio deberá formular la consulta.⁹

Junto con la consulta preceptiva el Directorio debe remitir a la Sala Constitucional el expediente y sus antecedentes, o las copias certificadas correspondientes. Si se trata de consulta voluntaria, enviará esos documentos cuando le sean solicitados por la Sala al momento de comunicar a la Asamblea la presentación de la consulta.¹⁰

La consulta no preceptiva deben formularla los diputados en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos por los cuales se tuvieron dudas y objeciones sobre su constitucionalidad. Además, deberán remitir copia del memorial a la Presidencia de la Asamblea, para informarle que ha sido formulada consulta sobre determinado proyecto. El Directorio comunicará de inmediato el hecho al Plenario en el Capítulo de Régimen Interior.¹¹

La consulta, preceptiva o voluntaria, deberá interponerse después de la votación en primer debate pues ese es el momento en que el texto adquiere su forma definitiva, salvo la excepción que se dirá. Igualmente, tiene que presentarse, además, antes de su aprobación definitiva en segundo (o tercer) debate.¹² Cuando se trate de reformas constitucionales, la consulta deberá hacerse después de su votación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva.¹³

No obstante, cuando la Asamblea Legislativa tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, como ocurre con los

⁸ Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 97. Sala Constitucional, votos números 1990-00323 de las 14:30 hrs del 3 de abril de 1990 y 1992-02808 de las 9:30 hrs del 4 de setiembre de 1992.

⁹ Reglamento, artículo 144

¹⁰ Reglamento, artículo 145.

¹¹ Reglamento, artículos 144 y 145.

¹² Reglamento, artículo 143.

¹³ Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 98.

presupuestos ordinarios y extraordinarios, y sus modificaciones, la consulta deberá hacerse con la anticipación debida, a partir del momento en que la Comisión encargada de estudiarlo haya aprobado el dictamen o dictámenes correspondientes. En este caso, la Asamblea Legislativa votará el proyecto aunque no se haya recibido el dictamen, así como cuando la Sala incumpliere con el plazo legal para evacuar la consulta preceptiva.¹⁴ Es admisible una segunda consulta sobre un mismo proyecto de ley.

Admitida formalmente la consulta, la Sala Constitucional lo comunicará a la Presidencia de la Asamblea Legislativa y a partir de ese momento se interrumpe la votación del proyecto en segundo (o tercer) debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo. No obstante, tratándose de la consulta preceptiva, la interrupción se produce desde el momento en que es presentada ante la Sala Constitucional.¹⁵ Al respecto la Sala Constitucional ha indicado:

“...Como es de general conocimiento, el control preventivo de constitucionalidad de que aquí se trata se produce por dos vías procesales: la consulta preceptiva y la facultativa. Tanto para un caso como para el otro, la regla es que la interposición de la consulta no interrumpe ningún trámite, salvo la aprobación definitiva del proyecto, o en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional, que lo hace, pues, de modo general, sin que esta norma distinga entre las dos variedades procesales de consulta. Claro está que en el caso de la consulta preceptiva, en que es la propia Asamblea Legislativa la que consulta por medio de su Directorio, este órgano tiene un conocimiento directo y cierto sobre la interposición de la consulta, y procede a interrumpir la votación final del proyecto sin que medie disposición alguna de cualquier carácter por parte de la Sala. Diferente, naturalmente, es el caso de la consulta facultativa, supuesto en el cual es preciso que los diputados que formulan la consulta hagan tal cosa del conocimiento de la Asamblea, a fin de que se produzca el mismo resultado que se produce pacíficamente en el otro supuesto, valga decir, la interrupción de la votación final del proyecto...”¹⁶

La Sala ha señalado que es improcedente votar en segundo debate —en el definitivo— un proyecto de ley cuya consulta está pendiente ante ella, y si así se hiciera se produciría un trámite inconstitucional. Esto sin embargo, debe entenderse siempre que el plazo de un mes dado por la ley no haya vencido, de ahí que la opinión consultiva que se rinda fuera de término no tendría aquel efecto.¹⁷ Si se evacuará la consulta una vez vencido el plazo, el Presidente de la Asamblea puede tener las observaciones como extraoficiales, sin perjuicio de que la Asamblea pueda disponer que el asunto vuelva a conocimiento de la comisión que dictaminó para que esas observaciones

¹⁴ Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 98 párrafo segundo, Reg. Art. 143 inciso 3:

¹⁵ Reglamento, artículo 143 inciso 5 y 6.

¹⁶ Ley Reguladora de la Jurisdicción Constitucional, artículo 101.

¹⁷ “...El plazo, en algunos casos, puede ser opresivo para la Sala Constitucional, ya fuese por la amplitud de la consulta, o por la complejidad de la materia consultada. Aún así, debe respetarlo para no obstaculizar el curso del procedimiento legislativo; con esta misma finalidad, si el asunto lo permite, puede esforzarse la Sala por evacuar la consulta antes del término final del plazo....” Voto número 00367-I-98 de la Sala Constitucional.

sean tomadas en cuenta, aplicando las disposiciones comunes que rigen las consultas obligatorias no constitucionales.¹⁸

Trámite de la opinión consultiva

Notificada la opinión consultiva de la Sala Constitucional a la Asamblea Legislativa, el Presidente lo comunicará de inmediato al Plenario en el Capítulo de Régimen Interior. Esto puede hacerse mediante lectura o distribuyendo copias de la resolución entre los diputados.¹⁹ Si de la opinión consultiva de la Sala resultare que no existen objeciones sobre la constitucionalidad del proyecto, su trámite seguirá el curso normal. En caso contrario, el expediente, con la opinión consultiva, se remitirá a la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad, por el plazo que el Presidente de la Asamblea le fije razonablemente, el cual podrá ser prorrogado.²⁰ El plazo dado por el Presidente rige para la presentación de un dictamen unánime o de mayoría. Recibidos éstos, comienza a correr el plazo usual para la entrega de otros que se presentaren sobre el mismo asunto.²¹

Si la Comisión tuviere dudas sobre los alcances de la opinión consultiva, podrá solicitar aclaración o adición a la Sala. Sin previo acuerdo de la Comisión, su Presidente podrá realizar dicho trámite, pero de ello deberá informarle a la mayor brevedad. En todo caso, la Comisión podrá dictaminar sin que la Sala Constitucional se haya pronunciado sobre la aclaración o adición solicitadas.²²

¹⁸ Sala Constitucional, voto número 1994-07515 de las 15:27 hrs del 21 de diciembre de 1994.

¹⁹ Reglamento, artículo 146 inciso 1.

²⁰ Reglamento, artículo 146 inciso 1, párrafo segundo.

²¹ Reglamento, artículos 82 y 146.

²² Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 12. Reglamento artículo 146 inciso 2

²³ Sala Constitucional, sentencia número 1996-01919 de las 10:21 hrs del 26 de abril de 1996

Respecto a los terceros interesados la Sala ha indicado:

“...el procedimiento de consulta no puede -ni debe- convertirse en un espacio procesal de tipo contradictorio, no se ordena notificar a los apersonados, con el fin de que no se abran, como se estila en otros procesos constitucionales, oportunidades para pedir aclaraciones o adiciones, pues aquí estamos únicamente en presencia de un procedimiento especialísimo, calificado, por el cual es la Asamblea Legislativa la que -preceptivamente- consulta a la Sala, mas no puede derivar ello en un trámite de debate de otra naturaleza. Muy por el contrario, sería en sede legislativa, donde debería conducirse ese debate, que por lo demás, es no solamente necesario, sino conveniente y útil a la democracia....”²³

Trámite del dictamen de la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad

En el dictamen, la Comisión puede recomendar que se mantenga el texto original del proyecto, salvo que las objeciones de la Sala fueren por errores de procedimiento en su tramitación, con violación de normas constitucionales o reglamentarias, en cuyo caso la opinión consultiva sería vinculante. O bien presentar un nuevo texto, con las modificaciones que fueren necesarias para ajustarse a los requerimientos de la Sala. No es válido que se adicione al texto elementos nuevos que no fueron conocidos por la Sala ni fueron objeto de pronunciamiento por parte de ésta.

El Plenario conocerá y resolverá en la misma sesión, antes de las dieciocho horas el dictamen de la Comisión sobre la opinión consultiva de la Sala, en el Capítulo de Régimen Interior. El conocimiento del proyecto se iniciará en la sesión inmediata siguiente a la lectura del dictamen.²⁴

El proyecto ocupará el primer lugar en el Capítulo de Primeros Debates, si se hubiere modificado su texto; en caso contrario, el primer lugar en el Capítulo de Segundos (terceros) Debates del orden del día. Al conocerse de nuevo en primer debate no es admisible la presentación de mociones de fondo con fundamento en el artículo 137 del Reglamento, pero el Plenario podría cambiar el texto propuesto por la comisión, convirtiéndose en Comisión General. También sería posible que los diputados inhibidos de presentar esas mociones, soliciten la devolución del proyecto a la respectiva comisión permanente ordinaria con base en el artículo 154 del Reglamento.

El proyecto en discusión será enviado al archivo por el Presidente de la Asamblea en aquellos casos en que el Plenario decida que los trámites considerados inconstitucionales por la Sala, no puedan ser jurídicamente subsanados. Cuando la Sala considere

inconstitucional algún artículo o norma de un proyecto de los que tengan plazo constitucional o reglamentario para ser votado, y no fuere posible jurídicamente retrotraerlo a primer debate, el Plenario podrá decidir en cualquier momento de su discusión que dicho artículo o norma sea suprimido o reformado. Para ese efecto, el Plenario aplicará las reglas de una moción de orden.

CONCLUSIÓN

La consulta legislativa como medio idóneo para ejercer el control previo no tiene los mismos alcances de la sentencia que resuelve una acción de inconstitucionalidad, surte sus efectos como opinión calificada, para orientar el proceso de la formación de las leyes. Además, muchos recursos económicos y tiempo se pueden ahorrar, si el mecanismo de consulta es adecuadamente utilizado por los órganos legitimados para hacerlo. La función que ejerce la Sala en este caso no es política, sino más bien de garante de la Constitución Política, previamente sí, pero en igual sentido, nada más en el tiempo que se externa el criterio del órgano jurisdiccional, o sea durante el trámite del proyecto de ley, pero que la realidad ha impuesto que es necesario y útil al ordenamiento jurídico costarricense.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Constitución Política

Ley de la Jurisdicción Constitucional

Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica

Doctrina

Castillo Víquez, Fernando. La Consulta Constitucional y la Consulta de Constitucionalidad. Revista de Derecho Constitucional No. 1. Publicaciones Periódicas. San José Costa Rica 1991. Pág. 121.

Piza Escalante, Rodolfo. La Jurisdicción Constitucional. Seminario sobre Justicia Constitucional. Editorial Juricentro, 1993. Págs. 11 y 12.

Hugo Alfonso Muñoz Quesada. Las Comisiones Legislativas Plenas. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. Segunda edición, mayo del 2000. Página 78.

Ramírez Altamirano, Marina. Manual de Procedimientos Legislativo. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Segunda edición, San José, Costa Rica. Octubre 1998.

Jurisprudencia

Sala Constitucional voto número 1990-00492

Sala Constitucional voto número 1990-01027 de las 17:30 horas del 29 de agosto de 1990.

Sala Constitucional votos número 1990-00323 de las 14:30 horas del 3 de abril de 1990

Sala Constitucional voto número 1992-02808 de las 9:30 horas del 4 de setiembre de 1992.

Sala Constitucional voto número 1994-07515 de las 15:27 horas del 21 de diciembre de 1994.

Sala Constitucional, sentencia número 1996-01919 de las 10:21 horas del 26 de abril de 1996

Sala Constitucional, voto número 1996-06859 de las 14:42 horas del 17 de diciembre de 1996

²⁴ Reglamento, artículo 146 incisos 3 y 4.

Sala Constitucional, voto número 0107-I-97

Sala Constitucional, voto número 00367-I-98

Sala Constitucional, voto número 2002-06291 de las 15:33 horas del 25 de junio de 2002

LA MUERTE DE SIR IAN BROWNLIE: EL MUNDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN DUELO

Nicolas Boeglin¹



los más insignes representantes de nuestra disciplina jurídica.

Además de una profusa producción académica en artículos, monografías, manuales y compilaciones, varios de ellos traducidos en distintos idiomas y objeto de constantes reediciones², Sir Ian Brownlie, miembro de la Comisión de Derecho Internacional desde 1996, contaba también con una impresionante experiencia práctica recogida desde distintas perspectivas como la de abogado litigante, árbitro y juez³: inició su carrera como litigante en 1967, y se convirtió muy rápidamente en un aguerrido “barrister” británico y en un muy solicitado asesor internacional ante tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos, o la Corte de Justicia Europea o, por ejemplo, ante la Cámara de Lores en representación de *Amnistía Internacional* durante la verdadera saga político-procesal que significó el caso Pinochet (1998-1999), sin olvidar la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Sobre esta última, formaba parte del “invisible college of international lawyers” (según la expresión

El pasado 3 de enero del 2010, en un accidente de tránsito ocurrido en el Cairo (Egipto) murió Sir Ian Brownlie. Para la comunidad mundial de académicos y profesionales del derecho internacional público, así como para diplomáticos de muchos países que tuvieron la suerte de pasar por sus aulas en la Universidad de Oxford, esta tragedia significa una tremenda pérdida de uno de

1 Nicolás Boeglin, Profesor de Derecho internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (UCR). Contacto: nboeglin (a)gmail.com

2 Véase: BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998. La primera edición de este Manual data de 1966 y fue objeto desde entonces de reediciones constantes y traducciones en varios idiomas. De la misma forma, y con el mismo éxito, elaboró una de las primeras compilación de textos en derecho internacional público: BROWNLIE I., *Basic Documents in International Law*, Oxford, Clarendon Press, editado por vez primera en 1967. Y en materia de derechos humanos, este mismo esfuerzo precursor se materializó en la obra: BROWNLIE I., *Basic Documents on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1971.

3 Véase el desglose de sus múltiples facetas como jurista en materia de derecho internacional en: http://www.blackstonechambers.com/people/barristers/sir_ian_brownlie_qc.html

del profesor Oscar Schachter⁴ o “barreau occulte” / “barreau officieux” (expresiones del profesor Alain Pellet⁵ que gravita alrededor del microcosmo de la CIJ en La Haya, constituido por un pequeño grupo de prestigiosos universitarios: unos 12-15 juristas a lo sumo, cuyos nombres aparecen regularmente en los equipos de 4 a 5 profesionales contratados usualmente por los Estados para asesorarlos en la mejor definición de su estrategia jurídica en La Haya. *Chichele Pofessor Professor of Public International Law at the University of Oxford* desde 1980, y profesor emérito desde 1999, Sir Ian Brownlie formaba parte de los representantes más experimentados de la “escuela británica de la Haya”, conjuntamente con otros como Derek W. Bowett (Cambridge), Elihu Lauterpacht (Cambridge) o Francis Vallat (Londres), que todo Estado, usualmente, completa con dos representantes de la otra gran tradición, la escuela francesa del derecho internacional⁶. Por ejemplo, en un período de 12 años (1986-1998), el profesor –y también muy solicitado “Consejal de la Corona” Alain Pellet - señala que de los 14 asesores que han participado en tres casos o más, 6 son británicos, 4 franceses, los otros

4 son norteamericano, australiano, belga y uruguayo⁷. Precisamente con Alain Pellet, representante de la otra tradición, formaban un dúo de peso en las justas en la Haya en las que a menudo coincidían, debido al prestigio y la experiencia de ambos en el “arte de exponer y convencer” ante los 15 magistrados en La Haya, y cuya efectividad se evidenció con ocasión del histórico fallo de la CIJ entre Nicaragua y Estado Unidos (1986) - en el que el máximo órgano judicial de las Naciones Unidas condenó, por vez primera en su historia, a una potencia mundial⁸. En su notoria carrera como asesor internacional de los Estados ante la CIJ iniciada en 1982 con ocasión del asunto relativo de la plataforma continental Libia/Malta (1982-1984), el profesor Ian Brownlie acompañó, entre otros, a países tan variados como Bostwana, Canadá, Libia, Malta, Nauru, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Serbia y Montenegro y Singapur, entre otros⁹. En cuanto a los países de América Latina, también fue solicitado como consejero por varios países en sus contiendas territoriales: ya sea ante tribunales arbitrales, asesorando a Chile contra Argentina en el diferendo relativo al Canal de Beagle, (1974-1977)¹⁰, un

4 SCHACHTER O., “Invisible College of International Lawyers”, *Northwestern Univesity Law Review*, Vol. 72 (1977), pp.217-226.

5 PELLET A., “Remarques sur le « métier » de Conseil devant la Cour Internationale de Justice », in *NATIONS UNIES, Recueil d’Articles de conseillers juridiques d’Etats, d’organisations internationales et de praticiens du droit international*, Nations Unies, New york, 1999, pp.435-458, p. 437 y p. 440.

6 Ver sobre los “Consejales de la Corona” nuestro artículo: “Nueva justa de Centroamérica”, *La Nación*, 20/XI/2005, disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2005/noviembre/20/opinion5.html

7 Véase PELLET A., op.cit., p. 438, nota 13

8 Sobre la « rectification de parcours » que significa este fallo en la historia jurisprudencial de la CIJ, véase ABI SAAB G., “De l’évolution de la Cour Internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *RGDIP* (1992), pp.274-298.

9 Véase SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I., “Litigation practice before the International Court of Justice: some specific problems of developing and small countries”, in *NATIONS UNIES, Recueil d’Articles de conseillers juridiques d’Etats, d’organisations internationales et de praticiens du droit international*, Nations Unies, New york, 1999, pp.459-478 , en particular pp.469-470 en relación a lo que el autor denomina el « English circle » en La Haya.

10 Véase REPUBLICA DE CHILE, Controversia en la región del Canal Beagle. Laudo arbitral. Edición bilingüe con notas y documentos adicionales, 1977, p. 21

peculiar precedente en el que una decisión arbitral no logra apaciguar los ánimos y debe ser posteriormente objeto de una mediación pontifical entre los dos Estados¹¹; o bien ante la CIJ, brindando principalmente sus servicios a Nicaragua contra EEUU (1984-1986) y en acciones similares contra Honduras y Costa Rica que no llegaron a una decisión sobre el fondo¹²; así como en la solicitud de intervención de este país en el complejo diferendo territorial y marítimo entre Honduras y El Salvador (1986-1992) - caso en el que por vez primera la CIJ aceptó esta figura procesal presentada por un tercero Estado. Más recientemente acompañó a Nicaragua en sus múltiples contiendas en materia de delimitación marítima contra Honduras (1999-2007) y contra Colombia (2001-2007), así como en la demanda interpuesta por Costa Rica contra Nicaragua en materia de navegación en el Río San Juan (2005-2009). Una de las últimas dagas del jurista Ian Brownlie puede

leerse en los alegatos orales finales que presentó en marzo del 2009 ante la CIJ sobre las características propias del tratado Cañas-Jerez de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua y los derechos soberanos de Nicaragua en el Río San Juan en materia de vigilancia¹³. La solidez de la argumentación resistió incólume a todas las objeciones de la parte contraria, y fue aceptada sin mayor contemplación por parte de la CIJ en forma unánime por los 14 jueces¹⁴: a partir de esta fecha, Costa Rica quedó impedida de navegar con policías por las aguas del río San Juan, sean estos armados o desarmados, sea en tareas de vigilancia policial o en simples tareas de abastecimiento por agua de los puestos de control en tierra.

Definitivamente, uno de los grandes iusinternacionalistas se nos ha ido y nos quedan ahora sus innumerables escritos académicos y sus alegatos en memorias y contra memorias, testigos perennes de su prodigiosa ciencia.

11 “L’arbitrage de Beagle est peut-être bon du point de vue de la technique juridique mais mauvais du point de vue politique. C’est un arbitrage qui viole un principe traditionnel de la réalité politique et géographique de l’Amérique Latine » según lo explicaba el Profesor Héctor Gros Espiell (Véase SFDI, *La frontière*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 1980, p. 176).

12 Recordemos que ambas demandas fueron retiradas por Nicaragua, de conformidad con el Acuerdo o Plan de Paz para Centroamérica adoptado en Esquipulas y firmado en agosto de 1987 en esta Ciudad de Guatemala. Este acuerdo cual fue objeto de una interesante conmemoración para su 20 aniversario en el 2007, con la presencia de los Presidentes de Costa Rica y Nicaragua de la época, nuevamente en funciones a raíz de su respectiva re-elección. Véase (en francés: http://www.rfi.fr/actues/articles/091/article_4922.asp)

13 Audiencias orales, 5 de marzo 2009, disponibles en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15069.pdf>

14 Véase, CIJ Recueil, *Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica/Nicaragua)*, Arrêt du 13 juillet 2009, párrafo 154. Disponible en : <http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15322.pdf?PHPSESSID=34a746b3ab39502839727427c09441ac>

EL ORDEN DEL DÍA COMO LÍMITE DE ORDEN PÚBLICO DE LA COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS NO TOTALITARIAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Dr. Víctor Pérez Vargas

1. EL ORDEN DEL DÍA

I. Convocatoria, agenda y derecho a la información

Disposiciones legales relevantes:

Artículo 152.-

Las asambleas de accionistas **legalmente convocadas** son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia.

Las facultades que la ley o la escritura social no atribuyan a otro órgano de la sociedad, serán de la competencia de la asamblea.

Artículo 155.-

Se celebrará una asamblea ordinaria por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico, la cual deberá ocuparse, **además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes:**

- a) Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas;
- b) Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social;

c) En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de los administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y

d) Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social.

Artículo 158.-

La asamblea deberá ser **convocada en la forma y por el funcionario u organismo que se indica en la escritura social**, y a falta de disposición expresa, por aviso publicado en “La Gaceta”.

Se prescindirá de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, acuerden celebrar asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta que habrán de firmar todos.

Artículo 163.-

El orden del día deberá contener la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea, y será redactado por quien haga la convocatoria.

Quienes tengan derecho a pedir la convocatoria de la asamblea, lo tienen también para pedir que figuren determinados puntos en el orden del día.

Consideraciones preliminares: Dado que la votación en una asamblea ocurre sobre la base del orden del día¹ éste es de la mayor importancia para el adecuado ejercicio del derecho a la información de socios y de eventuales terceros interesados. Nuestra jurisprudencia ha sostenido que cumple una doble función: por un lado, positiva, al delimitar los temas a tratarse y, por otro lado, impeditiva, pues en aras de la seguridad jurídica no puede, con fórmulas indefinidas sorprenderse a ausentes y participantes en ella. El tratamiento de temas de fondo, no legalmente convocados, atentaría contra el derecho de acceso a la información del cual son titulares los socios.

El derecho a la información ha sido considerado uno de los pilares del estado de Derecho, puesto que con él se garantiza la libertad misma². Toda decisión racional está precedida de un conocimiento de las posibilidades en cuanto a motivos y contenidos del acto. Es este conocimiento (información) lo que permite la existencia del llamado juicio práctico (que prepara para la praxis). Es por este motivo que este derecho está íntimamente vinculado con la libertad de voto. La información es el requisito indispensable para la formación de la decisión del socio y el ejercicio del derecho al voto. Este derecho es reconocido en forma unánime por la doctrina. Sin embargo, como todo derecho tiene sus límites pues, según GALGANO (en "Il contratto di societta") "se discute el derecho de información del socio tiene límites en el secreto social: si se acepta que los administradores

puedan oponerse a permitir conocer al socio noticias que, reveladas, puedan generar daño a la sociedad"³.

En la doctrina española se ha tratado el tema:

"Ámbito objetivo: asuntos comprendidos en el orden del día de la Junta. La LSRL establece que no podrá solicitarse información sobre los asuntos que no estén incluidos en el orden del día de la Junta. Parece admisible el derecho de información sobre cuestiones que si bien no han sido expresamente incluidas en el orden del día tienen una relación directa con las materias relacionadas en éste.

La convocatoria de la asamblea delimita el ámbito objetivo del derecho de información de los socios. Por ello, los anuncios de convocatoria de las Juntas Generales han de ser completos y claros. La oscuridad y la falta de precisión en el orden del día pueden determinar la nulidad de los acuerdos e incluso de la propia Junta"⁴.

La doctrina mexicana es igualmente contundente:

"Solamente los asuntos expresamente incluidos en la orden del día podrán ser válidamente discutidos y resueltos por las asambleas"⁵.

La doctrina argentina ha considerado que el orden del día está estrechamente relacionado con la competencia de la asamblea, puesto que la delimita⁶.

La Asamblea General sólo podrá votar aquellas cuestiones que figuren de forma específica en el orden del día, con las únicas excepciones de que se tratare de una asamblea universal donde esté reunida la totalidad del capital social o que se tratare de temas directamente conexos con los que sí fueron incluidos.

En el mismo sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia:

"Sobre la importancia del aviso (llamado orden del día), conviene recordar lo que escribe Vivante de que "ha de informar a los socios sobre las materias que estarán sometidas a deliberación, para que puedan tomar parte en la asamblea con conocimiento de causa y tiene una función negativa: Ha de impedir que se sorprenda la buena fe de los ausentes, acordando sobre asuntos que no se suponía que se someterían a acuerdo. Debe excluirse, por consiguiente, que se pueda acordar sobre materias no indicadas en el aviso..." (BRUNETTI, Antonio. Tratado de Derecho de las Sociedades, UTEHA, Argentina, III, 1960, p 381)... el orden del día, claramente expresado, viene a constituirse en parte fundamental del derecho a la información que tiene todo socio..." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N. 84 de 9 hs. 30 m. de 24 de diciembre de 1993.

II. Las expresiones "Otros puntos" o "Asuntos varios" en el orden del día.

Puede haber nulidad de acuerdos y eventual responsabilidad civil por tales acuerdos cuando hayan causado algún tipo de detrimento patrimonial o un daño moral en la esfera jurídica de los socios; particularmente ocurriría

cuando se usase la expresión "otros puntos que los socios sometan a consideración de la asamblea" y, bajo este concepto se sometan a consideración y votación cuestiones de fondo. Esta expresión puede considerarse equivalente de "asuntos varios".

Así lo admite la doctrina:

"Es viciosa la práctica de incluir en el orden del día un capítulo de asuntos varios; tal mención es insuficiente para que la asamblea pueda tomar un acuerdo válido sobre un tema no incluido expresamente en la convocatoria"⁷.

En nuestra jurisprudencia se ha dicho:

"...el Tribunal mantuvo la nulidad decretada por el a-quo, del acuerdo que reformó la cláusula novena de los estatutos de la sociedad codemandada, pero por motivos diferentes. Esto porque estimó que la respectiva convocatoria a la asamblea general extraordinaria no incluyó, en su agenda, la modificación de esa cláusula, en cuyo caso existe un vicio de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en los artículos 153, 154, 156 y 158, en relación con los ordinales 163 y 176, todos del Código de Comercio. Esa decisión es acertada, pues, ciertamente, el aviso de convocatoria a la asamblea se restringió a establecer el propósito del Presidente de la Junta Directiva, de reformar dos cláusulas específicas del pacto constitutivo: la quinta y la séptima. De esta manera, los socios convocados adquirieron plena certeza de lo que se conocería en la asamblea, en punto a la propuesta de reforma de los estatutos sociales y; no hubo siquiera referencia a la disposición novena, como para

1 Messineo, Francesco, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, vol 4, Giuffrè, Milano, 1954, p. 438.

2 http://74.125.47.132/search?q=cache:cUuePIS4aSoJ:www.observatoriomercosur.org.uy/libro/resena_del_derecho_a_la_informacion_18.php+derecho+a+la+informaci%C3%B3n&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=cr&lr=lang_es&client=firefox-a

3 <http://www.estudiopardo.com.ar/limitesinformari%C2%A1tivos.htm>

4 PULIDO, Juan Luis, El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada

5 RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Porrúa, México, 1967, p 117.

6 MARTORELLI, Ernesto, Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1994

7 MANTILLA MOLINA, Roberto, Derecho Mercantil, Porrúa México, 1979, p. 384.

aceptar que, en forma sorpresiva, la asamblea dispusiera también su cambio. Así las cosas, **con todo y establecer el aviso, luego de la referencia a la variación de aquellas dos estipulaciones sociales, la posibilidad de conocer de “otros puntos que los socios sometan a consideración de la asamblea”, no puede aceptarse, bajo ese pretexto, que dicho órgano tenga facultades irrestrictas de incluir en agenda la variación de otras cláusulas, distintas a las que fueron, de previo, contempladas en ella.** De aceptar esa tesis, como lo propugna el recurrente, poco o nada valdría el aviso de convocatoria, cuando concreta los puntos a tratar en la asamblea, en particular, la reforma sólo a esas dos cláusulas, creando, con el cambio de agenda, un estado de inseguridad en los convocados, tanto respecto a quienes deciden no asistir, por estimar que las cuestiones a tratar no les afectan, cuanto de los que acceden al llamado de convocatoria para conocer, precisamente, aquellos aspectos puntuales por los cuales fueron citados. Es definitivo, por otra parte, que el actor encuentra perjuicio con el cambio operado en la cláusula novena, en cuyo supuesto, debió haber sido enterado de ese propósito, con la debida antelación a celebrarse la asamblea general extraordinaria, para que decidiera, según sus intereses, asistir o no. En consecuencia, **bien se ha resuelto al decretar la nulidad de ese acuerdo**” (la letra negrita es del autor) ⁸.

III. La nulidad de un eventual acuerdo por infracciones a las disposiciones de orden público sobre la convocatoria

La agenda de la convocatoria delimita los temas a tratarse. Una infracción a las disposiciones sobre convocatoria daría lugar a una nulidad de los acuerdos del caso. Así, el Código de Comercio, en materia de Sociedades Anónimas establece:

Artículo 176: Serán **nulos** los acuerdos de las asambleas:

- a) Cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos;
- b) **Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en este capítulo;**
- c) Cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima, o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público.

Artículo 177: La acción de nulidad a que da derecho el artículo anterior se regirá por las disposiciones del derecho común, y **prescribirá en un año, contado desde la fecha en que se adoptó el acuerdo** o de su inscripción en el Registro Mercantil, si esta inscripción fuere necesaria.

En el primer párrafo del artículo 158, antes referido hay una norma imperativa, de acatamiento obligatorio; en fin, se trata de ius cogens o derecho de orden público. Un precepto jurídico es imperativo (ius cogens) cuando su vigencia no se puede excluir por convenio entre las partes. De este tipo son las normas que limitan la libertad de los particulares, en materia de Derecho Privado, en beneficio de la comunidad”⁹ (Arts. 18 y 19 Código Civil).

La sentencia de la Sala Primera, N. 84 de 9 hs. 30 m. de 24 de diciembre de 1993, es abundante en afirmar el carácter de **orden público** de las disposiciones relativas a los asuntos a tratarse. En resumen considera que estas normas no están establecidas sólo en beneficio de los socios, sino también de terceros, como los acreedores, interesados actuales o eventuales, pasados o futuros. Refiriéndose al artículo 163 el fallo expresa: “dice **“deberá contener”**; lo dice en términos imperativos, obligatorios y por lo tanto **excluidos del ámbito facultativo, de voluntad de los socios...** a nivel doctrinal este aviso constituye una formalidad de acatamiento obligatorio”

La consecuencia de cualquier violación sería la nulidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 835 inciso 2 del Código Civil y

176 del Código de Comercio que se cita más adelante. El artículo 835, inciso 2 del Código Civil expresa: **“Hay nulidad absoluta en los actos y contratos...cuando falta algún elemento o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto de contrato...”**

En esta hipótesis la nulidad deriva de no haberse observado la forma exclusivamente ordenada¹⁰ es absoluta y no puede ser convalidada. La ley se refiere aquí a los casos en que la forma es “ad solemnitatem”, o como también se suele llamar “ad substantiam”.¹¹ Se califica pues, así, a la formalidad impuesta por la ley para la validez del acto jurídico; se contrapone a la expresión “ad probationem”. “La fórmula es “ad solemnitatem” cuando, si no se observan las formalidades impuestas por la ley el acto es nulo; mientras que es “ad probationem” cuando la forma se requiere únicamente a efecto de dar a las partes un medio de prueba”.¹²

Un acuerdo societario tomado a contrapelo del orden del día sería nulo por violación de las formalidades legales imperativas y la legitimación activa para impugnarlo correspondería al titular de un interés legítimo que se actualiza cuando se viola el derecho a la información y la forma legal.

⁹ Así: JORS-KUNKEL., Derecho Privado Romano. p. 79

¹⁰ “Puede ocurrir que la nulidad del acto provenga de no haberse observado la forma exclusivamente ordenada, la nulidad sería en tal caso de carácter absoluto, y por consiguiente, no sería susceptible de confirmación”. SALVAT. Derecho Civil Argentino, p. 1035.

¹¹ SALVAT, op. cit. supra 54, p. 1015. “Actos omisa forma legis corruit”, La omisión de las formas legales anula los actos CABANELLAS, Diccionario, p. 72. “Ex forma non servata resultat nullitas actua”. Es nulo el acto sin la solemnidad requeridas por la ley CABANELLAS, op. cit. Supra 76, p. 81

¹² CABANELLAS op. cit. supra 76, p. 161 V. PLANITZ, Hans, Derecho PRIVADO GERMANICO, Bosch—ed 1957. Barcelona, p. 38.

IV. Legitimación activa

Artículo 180 del Código de Comercio: Los accionistas, de cualquier clase que sean, tendrán los mismos derechos para los efectos del ejercicio de las acciones de nulidad.

Sobre el derecho de impugnación de los acuerdos sociales que tienen los socios, es plenamente ilustrativa la siguiente sentencia (nos limitamos a los destacados en letra negra):

“El canon del Código de Comercio, apunta, regula uno de los derechos (corporativos o políticos) de los accionistas, pacíficamente admitido como el derecho de impugnación de los acuerdos sociales y/o asamblea. El principio, en materia de asambleas, es que las resoluciones adoptadas son vinculantes y obligatorias para los socios ausentes o disidentes, salvo el caso del derecho de receso (artículo 32 bis ibídem). Sin embargo, añade, se establece como requisito indispensable e indisputable, que los acuerdos se hayan adoptado legalmente, **cumpliendo con los requisitos y formalidades que la ley dispone** y exige, pues si los accionistas consideran que fueron tomados en forma antijurídica, **tienen el derecho de impugnar en la vía judicial**, conforme el canon 177 del Código de Comercio. En el ordenamiento jurídico mercantil, sumamente omiso en esta materia, asevera, **la legitimación activa para recurrir los acuerdos sociales la tiene el socio o accionista**; sin embargo, no aclara cuál socio la tiene, pero, con base en la doctrina nacional y extranjera, amén de la jurisprudencia, se ha interpretado que pueden impugnar los acuerdos de asamblea, los socios ausentes o disidentes de tales acuerdos, quedando vedada esa posibilidad, desde luego, para los que votaron favorablemente el acuerdo, excepto, apunta,

en caso de error o que se trate de un acuerdo contrario al orden público. Otro aspecto oscuro de la legislación es el caso del socio presente en la asamblea, pero que se abstuvo de votar. La legitimación activa, añade, surge de un derecho corporativo que tiene el accionista por pertenecer a una determinada sociedad. Es decir, se trata de un derecho consustancial a su condición de socio. Sin embargo, afirma, para poder ejercitarlo, no puede haber contribuido con su voto a crear la “voluntad social” viciada. Tocante a la legitimación de las actoras, se nota que votaron de manera negativa todos los acuerdos adoptados en la Asamblea. Incluso, asegura, su representante se reservó el derecho de pedir la nulidad de la asamblea por los vicios que se presentaron en la misma. Entonces, carece de fundamento la resolución del Tribunal, al acoger la defensa de falta de legitimación activa, al no asistirle derecho. Fue acreditado que las actoras, reitera, **son accionistas** de Inmobiliaria Los Jardines S.A. (artículos 140 y 687 del Código de Comercio o Principio de la Doble Legitimación), que representaron en dicha asamblea 480 acciones y que todos los acuerdos sociales fueron votados negativamente. En consecuencia, indica, se conculcan, por falta de aplicación, los artículos 175, 177 y 180 del Código de Comercio. Los dos primeros por las razones dichas y, el último, por cuanto le **confiere el ejercicio de las acciones de nulidad a cualquier clase de socio**, en este caso, accionistas ordinarios y nominativos”. RES: 000489-F-2005, SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José a las nueve horas treinta minutos del trece de julio del dos mil cinco. Visto el anterior recurso de revocatoria con nulidad concomitante interpuesto por la parte actora, contra la resolución de esta Sala N° 001086-F-04 de las 9 horas 15 minutos del 24 de diciembre del 2004.

V. La eventual responsabilidad civil de quienes transgredieren las disposiciones sobre convocatoria.

Dado que se podría violar el derecho a la información y dada la existencia de un interés legítimo (y tomando en consideración que se trata de una situación sustancial y no meramente instrumental) podría haber responsabilidad civil para quienes conculquen estas dos situaciones jurídicas, con base en lo siguiente:

Es claro que los perjuicios que puedan causarse a los socios con el eventual acuerdo inválido son de orden material y su cuantificación se haría en su caso, en modo pericial, con respeto del principio del contradictorio.

En cuanto al derecho a la información, debe decirse que este es un verdadero derecho de la personalidad, esencial para el ejercicio de la libertad; su restricción afecta directamente los intereses legítimos de los socios de participar con criterio en la vida social. Pero, además, nuestro Código Civil establece el derecho a la indemnización por la lesión a los derechos de la personalidad (dentro de los cuales se ubica el derecho a la información). La responsabilidad eventual se ubicaría dentro del campo del daño moral.

Esta violación sustancial y las concomitantes violaciones formales darían lugar al nacimiento del interés legítimo de los socios para impugnar tales acuerdos y solicitar su nulidad absoluta

en la vía judicial, así como a la mencionada indemnización.

Tradicionalmente se ha considerado que un interés legítimo solamente da lugar a un poder para solicitar la anulación de un acto y es, por eso, una situación meramente instrumental. Sin embargo, el maestro nacional, Eduardo Ortiz Ortiz¹³, afirma que los intereses legítimos son situaciones jurídicas sustanciales y no meramente instrumentales por lo que debe admitirse un contencioso declarativo y condenatorio, con base en el artículo 49 de la Constitución.

La figura del interés legítimo encuentra plena aplicación en el Derecho Privado¹⁴, particularmente en tema de participación con voz y voto libre en la vida de la sociedad como en materia de impugnación de acuerdos societarios.

Este carácter sustancial del interés legítimo fue recientemente confirmado por un laudo en un arbitraje ad hoc, donde dos empresas participaron conjuntamente en una licitación, habiéndose retirado una de ellas unilateralmente a medio proceso, y habiendo sido demandada por eso mismo, el tribunal arbitral consideró que se había **lesionado el interés legítimo** relacionado con la participación de la actora en la licitación; no tratándose de un daño actual, ni de un perjuicio cierto, el Tribunal aplicó la doctrina del “**chance**” para la determinación de la indemnización por la referida lesión al interés legítimo¹⁵.

13 Espiritu y perspectiva de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica, Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, número 39

14 Así lo ha admitido reiteradamente la jurisprudencia extranjera. Por ejemplo, en Italia v. Corte de Casación: Cass. S.U. 2 de noviembre de 1979, N-5688, G.I. de 1980, 1, 440; Cass S.U.29 de noviembre de 1980, N-5800, GC de 1981, I, 524 y Cass S.U. 5 de enero de 1981, N-1, ivi, 1981, I, 753).

15 SALA PRIMERA DE LA CORTE, N. 703, 2002.

Esta ampliación de fronteras que ha llegado a admitir la lesión al interés legítimo se ha producido porque, de la original perspectiva que ligaba inconscientemente la atribución de responsabilidad a la violación de los derechos absolutos (y, en especial, los derechos reales), en el sistema romano viviente de nuestro tiempo se ha pasado a generalizar su referibilidad a toda situación jurídica subjetiva. PUGLIATTI así lo afirmaba desde hace muchos años ¹⁶.

El concepto de daño resarcible ha venido paulatinamente ampliando sus fronteras, para referirse en general a toda lesión de intereses. “En cuanto al perfil subjetivo —pregonaba PUGLIATTI—, será suficiente que se pueda individualizar cualquier interés digno de tutela” ¹⁷.

Hoy, se considera “daño” toda lesión a un interés jurídicamente relevante, no solamente a un derecho absoluto, pues también son daños las lesiones a derechos relativos (como lo ha demostrado, desde hace ya bastante tiempo, la doctrina de la lesión del crédito por parte de terceros) ¹⁸, lo mismo que las lesiones a intereses legítimos (como lo admite en buena medida la jurisprudencia europea y lo propugna la doctrina ¹⁹), o a expectativas, potestades, e incluso (también desde hace décadas)

a la denominada “chance”, donde se busca la reparación de la posibilidad de éxito frustrada.

VI. El debido proceso

Los principios del debido proceso entran en juego en los diversos campos del derecho. Se ha hablado de “...la necesidad de respetar las formalidades esenciales del debido proceso en las diversas materias” (MORA, Paulino)

“El tema, ha sido abordado en reiteradas oportunidades por la Sala Constitucional. Es de importancia referirse a él, porque precisamente con una agenda sorpresiva, se violan las formalidades legalmente exigidas para la validez de lo que se resuelva con base en un orden del día.

V, por ejemplo, los votos 15-90 de 16:45 hrs. del 5-1-90 y 1734 de 15:26 hrs. del 4-9-91 y N° 21 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas quince minutos del nueve de abril de mil novecientos noventa y siete.

Como conclusión, puede generalizarse la máxima: “**no es permitido posteriormente**

la introducción de nuevos elementos, de petición o de fundamento, ubicados fuera de los linderos del debate” contenida en el siguiente fallo:

“Dentro de ese marco se procura asegurar la lealtad, el orden, la certeza y el equilibrio, elementos necesarios para garantizar a su vez, la debida defensa en juicio. Es así como se establece el equilibrio en pos del cual **no es permitido posteriormente la introducción de nuevos elementos, de petición o de fundamento, ubicados fuera de los linderos del debate**, definidos por las partes en la demanda y la contestación. Ello atentaría no

sólo contra la lealtad, sino además contra el orden y la certeza que deben reinar siempre en la contienda judicial. Consonante con los principios referidos, se yergue el texto del artículo 155 del Código de rito, cuya violación achaca el recurrente. Ese precepto, en lo que interesa, dispone: “Las sentencias deberán resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate ... No podrán comprender otras cuestiones que las demandadas, ni conceder más de lo que se hubiere pedido ...”. N° 2 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas diez minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y siete.

¹⁶ V. PUGLIATTI, Salvatore, Responsabilità Civile, II, Giuffrè, ed., Milano, 1968, p. 49.

¹⁷ PUGLIATTI, Salvatore, Sulla **risarcibilità del danno da lesioni di interessi legittimi**, Responsabilità Civile, II, p. 120 o, lo que es lo mismo, a cualquier bien jurídico: “El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.

¹⁸ V. BUSNELLI, Francesco Donato, La Lesione del credito da parte di terzi, Giuffrè-ed., Milano, 1963, p.7, BUSNELLI, F.D. Un caso dubbio di lesione del credito da parte di terzi, Estratto da Il Foro Padano, N. 7,8. Julio, agosto, 1965 y recientemente: STIGLITZ, Gabriel, ECHEVESTI, Carlos, El daño resarcible en casos particulares, en el volumen: Responsabilidad Civil, op. cit., p 286 RINESSI, Antonio Juan, Lesión al crédito, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p 251.

¹⁹ V. PUGLIATTI, Salvatore, Sulla risarcibilità dei danno da lesioni di interessi legittimi, Responsabilità Civile, II, op. cit., p. 118.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 35891