

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 99

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	
ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL ORDEN DEL DÍA EN EL DERECHO SOCIETARIO COSTARRICENSE	9
Prof. Alfonso Gutiérrez C.	
EL CONVOCANTE PARA LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS	19
Dr. Jaime Eduardo Barrantes Gamboa	
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL AGRARIO Y LA LEY DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN (EN LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO).....	37
Dr. Enrique Ulate Chacón	
CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS AGRONEGOCIOS	53
Lic. Álvaro Meza Lararus	
DE REFORMAS Y CONTRARREFORMAS: EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS COMETIDOS EN FLAGRANCIA.....	59
M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón	
PAGO DE SERVICIOS AMBIENTALES A SISTEMAS AGROFORESTALES DE CAFÉ. POSIBILIDADES LEGALES Y CONVENIENCIA TÉCNICA.....	77
Jorge Cabrera Medaglia	
TUTELA JURÍDICA DE LOS ECOSISTEMAS DE HUMEDAL.....	103
M.Sc. Mario Peña Chacón	
EL GOBIERNO DE FEDERICO TINOCO (INICIO DE LA “LIBERALIZACIÓN” DEL RÉGIMEN REPUBLICANO AUTORITARIO).....	143
Dr. Wilbert Arroyo Álvarez	
CONTRATO DE FACTORING.....	155
Lic. Ronaldo Hernández Hernández Lic. Carlos D'alolio Jiménez	
COMENTARIOS SOBRE EL ACUERDO ARBITRAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA	179
Por Luis E. Sibaja Guillén	

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Al iniciar con esta entrega el año 2011, presentamos trabajos en materia de Derecho Societario (orden del día y convocatoria de asambleas), Derecho Agrario (agronegocios), Derecho Penal, Derecho Ambiental (servicios ambientales y humedales), Historia del Derecho, Derecho Comercial (*factoring*) y Arbitraje Comercial Internacional.

El Profesor, **Alfonso Gutiérrez C.** nos brinda sus comentarios sobre el papel de la convocatoria en relación con la validez de los acuerdos en materia de sociedades, en el trabajo titulado “**Algunas consideraciones acerca del orden del día en el derecho societario costarricense**”. En su opinión, los puntos a discutir en una asamblea de socios tienen que estar determinados claramente y, al discutirse y resolverse puntos no anunciados con la antelación debida, se violan derechos de todos los socios. Expone la regulación de diversos ordenamientos extranjeros coincidentes en esta solución. Siguiendo a FERRI, considera que el orden del día delimita la competencia de esa asamblea, en el sentido que las deliberaciones que fuesen adoptadas sobre argumentos que no están en la orden del día no son válidas. El trabajo es rico en información doctrinaria y jurisprudencial. Es una opinión de gran valor para todas aquellas situaciones donde, bajo el tema de “asuntos varios” u “otros puntos”, las asambleas toman acuerdos para los cuales no se realizó convocatoria expresa. En nuestro criterio, las conclusiones del Profesor Gutiérrez C. son aplicables a las asambleas de otros entes, como las cooperativas.

El Doctor en Derecho y Master en Derecho Empresarial, **Jaime Eduardo Barrantes Gamboa**, en su trabajo “**El convocante para la asamblea de accionistas**”, explica que si bien en casos especiales la convocatoria puede ser realizada por otros sujetos, uno de los poderes más importantes del administrador es el de iniciativa. El artículo 158 del Código de Comercio que hace énfasis en tres aspectos: a) el régimen publicitario del aviso de la convocatoria, b) la iniciativa para convocar a asamblea e individualización del convocante, sea funcionario y organismo respectivo que tienen el poder para convocar la asamblea de socios como la oportunidad para hacerlo y c) la regla de la asamblea totalitaria sin convocatoria. Ese poder de iniciativa en la convocatoria, además de impulsar a la sociedad en la búsqueda y realización de su objeto, permite entender que en una persona subsiste la posibilidad de elaborar el orden del día. En sus conclusiones sostiene que “el órgano de administración es el órgano natural que cuenta con la competencia para llamar a socios a asamblea, salvo que se haya designado en estatutos funcionario al efecto y que tratándose de la asamblea anual ordinaria, la competencia será temporal, no permanente. La resolución del consejo para convocar, es sin duda, obligada. Pero a su vez, en caso de omisión de los administradores para tal convocatoria, el fiscal estará obligado a realizar la misma o bien los socios pedirlo directamente al órgano gestor en la forma y casos previstos en los artículos 159 y siguiente, ambos del Código de Comercio y persistiendo la omisión, pueden acudir al juez a solicitar la convocatoria”. Siembra finalmente una semilla: “una reforma de *lege ferenda* con el fin de que la asamblea de accionistas convocada por juez, siempre deba realizarse y para tal

cometido será necesaria oportuna reforma legal al numeral 821 del Código Procesal Civil para establecer, por ejemplo, que en caso de convocatoria judicial la oposición no será admisible salvo en caso de que la asamblea se haya llevado a cabo con los temas tratados o bien se pruebe que esté en curso, porque de lo contrario, podría constituir un mecanismo dilatorio para que el o los socios se vean inhibidos de conocer el estado de la sociedad y deba recurrir entonces a otros procesos, como el establecido en el numeral 26.1 del Código de Comercio o pruebas anticipadas judiciales, etc., que motivarán de alguna manera abuso de derecho en la demora de conocer el estado económico de la sociedad o proceder con lo que corresponda”.

El Dr. **Enrique Ulate Chacón**, en **“Jurisprudencia del Tribunal Agrario y la Ley de Tierras y Colonización (en la dimensión constitucional del Estado Social de Derecho)”** asegura que la existencia de la Jurisdicción Agraria es la mejor garantía de la realización de una justicia especializada con un proceso que debe ser menos formal, esencialmente oral, con criterios de libre valoración de la prueba, y con garantías de acceso a la justicia, mediante la defensa pública agraria, tal como lo ha establecido la Sala Constitucional, en las sentencias N° 3606 de las 15:12 horas del 19 de julio de 1994 y No. 3657, de las 14:44 horas del 7 de mayo del 2003. Nos muestra el papel del Tribunal agrario en el redimensionamiento del cumplimiento de la función ambiental de la propiedad agraria (como parte de su función económica y social), para tutelar intereses colectivos y difusos. Se refiere, particularmente, al contrato de asignación de tierras, como contrato constitutivo de empresa agraria y a sus causas de revocatoria y nulidad. Posteriormente, analiza la posesión precaria de tierras, la usucapión especial agraria y otros temas fundamentales. Concluye tratando las nuevas dimensiones de la Justicia Agraria y del Derecho Agrario.

En **“Consideraciones acerca de los agronegocios”**, el Lic. **Álvaro Meza Lazarus** se refiere a esta expresión que abarca los diversos negocios que intervienen en la producción agrícola, incluyendo los contratos de arrendamiento de fundos agrarios o de bienes muebles necesarios para la producción agrícola, los de suministro de semillas, de agroquímicos, maquinaria agrícola y contratos de provisión de dicha maquinaria o alquiler tipo leasing, venta y distribución de productos agrícolas, procesamiento, marketing agrícola y venta de excedentes de productos agrícolas. El autor se pregunta si es posible establecer una teoría general sobre este tipo de negocios jurídicos. Nos explica que “muchos de estos contratos que eran vistos en el derecho agrario anterior a la segunda parte del siglo veinte como mercantiles pero que hoy son parte de una nueva base de contratos, incorporados a un nuevo derecho empresarial y que se tienen como agrarios en virtud del fuero de atracción”. El estudio contiene importantes sugerencias relacionadas con los cuidados que se debe tener en los agronegocios privados.

En **“De reformas y contrarreformas: El juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia”**, la M.Sc. **Rosaura Chinchilla Calderón** nos explica que existen dos procedimientos: el modelo administrativo y el diseño legal, actualmente vigente, para el juzgamiento en flagrancia, dos procedimientos distintos: uno creado por las autoridades del Poder Judicial y otro, con características diferentes, definido por la Asamblea Legislativa. En sus consideraciones críticas explica que en el Plan Piloto para San José, la Corte Plena incorporó una norma según la cual se creaba un tribunal de flagrancia en el Segundo Circuito Judicial de San José para atender todos

los procesos de esa naturaleza que se dieran tanto en ese circuito como en el primero y tercero. Trabajaría por turnos, las veinticuatro horas del día. El punto discutible de ello estaba dado porque, por norma administrativa, se estaba modificando la competencia territorial, fijada legalmente, para los casos sucedidos en el Primer y Tercer Circuito Judicial de San José lo que, a juicio de la autora, representa una violación al principio de juez legal o natural. También nos habla de una crisis de legalidad que se manifiesta en una doble vertiente: por un lado mediante la emisión de leyes que, como la comentada, minimizan garantías procesales cuya conquista ha implicado un difícil proceso histórico y, por otro, en ver a la ley como un obstáculo para el cambio que, entonces, puede modificarse aún mediante disposiciones de rango inferior”. En sus corolarios ella afirma: “El tratamiento que, administrativa y legalmente ha recibido el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia implica, desde mi perspectiva, importantes retrocesos del Estado democrático de Derecho y nos puede implicar responsabilidad internacional”.

El distinguido jurista **Jorge Cabrera Medaglia**, Profesor del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental y de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Asesor Legal del INBIO y consultor internacional en derecho ambiental, analiza el marco legal e institucional relacionado con el pago de servicios ambientales (PSA). Su estudio, **“Pago de servicios ambientales a sistemas agroforestales de café. Posibilidades legales y conveniencia técnica”** contextualiza, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la posibilidad de diseñar un sistema de pago por servicios ambientales para los sistemas agroforestales de café. El autor presenta las principales características legales del sistema de pago de servicios ambientales existente; su evolución por medio de la adición de nuevas categorías o modalidades (de particular interés este pago para árboles plantados en sistemas agroforestales); los requisitos o elementos mínimos que son requeridos para la constitución de nuevas categorías o modalidades. Incluye además la normativa reciente que incorpora un sistema de Reconocimiento de Beneficios Ambientales a actividades agropecuarias.

De notable actualidad en momentos en que fuerzas extranjeras destruyen nuestros humedales y nuestro país ha invocado la Convención Ramsar, es el trabajo **“Tutela jurídica de los ecosistemas de humedal”** del M.Sc. **Mario Peña Chacón**, Consultor Legal Ambiental, asiduo colaborador de la revista. Después de explicarnos qué son los humedales y sus beneficios, comenta la definición contenida en nuestra Ley de Conservación de Vida Silvestre y se refiere a la Política Centroamericana para la conservación y uso racional de los humedales así como a los principales Tratados Internacionales para la protección de humedales. Finalmente, sostiene que Costa Rica cuenta con numerosa pero dispersa normativa, de carácter local e internacional, para proteger, conservar y utilizar racionalmente los ecosistemas de humedal, pero se falla en la implementación y puesta en práctica de la política regional y nacional de humedales, y es ahí donde deben tomarse acciones inmediatas para evitar la pérdida de tan importantes ecosistemas.

Del Catedrático de la Universidad de Costa Rica, Dr. **Wilbert Arroyo Álvarez**, quien ha venido participando con sus magistrales aportes desde los inicios de la Revista Judicial, publicamos **“El gobierno de Federico Tinoco (Inicio de la “liberalización” del régimen republicano autoritario)”**. El distinguido profesor inicia ubicándonos en el momento histórico, precisando sus

antecedentes y, en especial, el gobierno de don Alfredo González Flores. Comenta el papel de la primera guerra mundial en el desarrollo de los acontecimientos nacionales para pasar a relatarnos interesantes momentos de la vida y obra del biografiado.

Ronaldo Hernández Hernández, Juez de Tribunal Contencioso Administrativo y **Carlos D'alolio Jiménez**, Juez Civil, ambos especialistas en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica, nos ofrecen “**Contrato de Factoring**”, contrato que se ha popularizado a nivel mundial como un método aconsejable que permite al vendedor cobrar antes del vencimiento utilizando las empresas de *factoring*, especializadas en la continua evaluación y valoración de riesgos, que cuenta con fuentes de información amplias y una infraestructura adecuada para ajustar con mayor rapidez y fiabilidad sus decisiones, según nos explican. En sus conclusiones sostienen que “En Costa Rica el *factoring* ha encontrado buena semilla, a tal punto que está consolidada la Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo y su papel ha sido importante en el mundo de la actividad financiera y económica nacional”.

En estos tiempos en los que se gesta en nuestra Asamblea Legislativa un proyecto de Ley de arbitraje internacional, el trabajo “**Comentarios sobre el acuerdo arbitral internacional en Costa Rica**” es de especial relevancia. Su autor es el Licenciado **Luis E. Sibaja Guillén**, miembro del bufete Lex Counsel, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado y de maestría en Negocios Internacionales y Litigio Internacional. El Lic. Sibaja se refiere al arbitraje como un derecho constitucional. Su valioso trabajo se centra en los conflictos internacionales de jurisdicciones y uno de los temas centrales es la autonomía de la voluntad como criterio de atribución de la competencia judicial internacional, pero analiza otros posibles criterios de atribución. Nos ubica dentro del proceso de unificación y armonización del Derecho donde la Nueva **Lex Mercatoria** (la cual –afirma- se encuentra ya presente en la jurisprudencia arbitral nacional, al ser utilizada por paneles arbitrales locales, en la interpretación del derecho costarricense) y los Convenios Internacionales (particularmente, las Convenciones de Nueva York y Panamá) juegan un rol predominante. Finalmente, analiza las ventajas de una ley sobre arbitraje comercial internacional y su distinción con las disposiciones sobre arbitraje nacional. “Costa Rica debe seguir el camino que muchos otros países latinoamericanos han emprendido, con la adopción de leyes modernas de arbitraje necesarias para propiciar el uso del arbitraje comercial internacional en el país” –concluye-.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL ORDEN DEL DÍA EN EL DERECHO SOCIETARIO COSTARRICENSE

Prof. Alfonso Gutiérrez C.

Es importante, después de leer el artículo de Víctor Pérez Vargas, en la Revista Judicial N°96, hacer algunas disquisiciones sobre el mismo tema.

Acerca de la legalidad del orden del día de una asamblea general de socios de una sociedad donde simplemente se establece: asuntos varios, propuestas de los socios o frases similares.

Mi opinión personal, al igual que la conclusión del Profesor Pérez Vargas, es que los puntos a discutir en una asamblea de socios tienen que estar determinados claramente, ya que los socios deben discutir sobre ellos y tomar una decisión acerca de los mismos.

Indicaciones imprecisas no son aceptables puesto que no le permiten a los socios informarse de antemano acerca de los asuntos que se discutirán. Incluso podemos ir más allá y pensar en los socios a quienes no les interesan los asuntos a discutirse en una determinada asamblea, por lo que no asisten. Al discutirse puntos no anunciados con la antelación debida, se violan derechos de todos los socios, puesto que pueden carecer de información acerca de los mismos, precisamente por desconocerlos.

El capítulo de sociedades del Código de Comercio de Costa Rica, es una mala copia de las regulaciones contenidas en el Código de Comercio de Honduras, el cual fue redactado por Don Joaquín Rodríguez Rodríguez pocos años antes de su fallecimiento. Ese Código,

en la parte de sociedades, está inspirado en la Ley de Sociedades Mercantiles Mejicana, en cuya redacción también tuvo participación primordial Don Joaquín Rodríguez Rodríguez. A su vez, dicha ley fue hecha con base en la parte correspondiente del antiguo Código de Comercio de Italia de 1882.

En nuestro Código de Comercio, el orden del día está primordialmente regulado en el artículo 163, el cual establece:

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.

Dicho artículo está íntimamente ligado con el siguiente, el cual indica una de las posibilidades del derecho de información del accionista, en este caso, previo a la celebración de la asamblea, y en lo que nos interesa dice:

... Durante este tiempo, los libros y documentos relacionados con los fines de

la asamblea estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas.

En consecuencia, a efecto de participar en una asamblea de socios debe el accionista estar en posibilidad de conocer el orden del día, para entonces informarse acerca de los asuntos que se van a tratar.

Si los accionistas conocen de antemano las materias a tratar y los fines de la asamblea, sobre ellos se pueden informar, consultando los libros y documentos sociales, es porque en el aviso que se publica, se les hace conocer cuales van a ser esos fines, sea se les impone del contenido de la convocatoria, dentro de la cual forma parte esencial, precisamente, el orden del día.

Con el objeto de que los accionistas sepan cuales van a ser los puntos que se tratarán en una determinada asamblea y, asistan, si los puntos a tratar les interesa, se informen sobre los puntos a tratar, es que se exige que el orden del día se publique en la convocatoria.

La inclusión del orden del día en la convocatoria, está dispuesto en nuestra legislación. Pero también está dispuesto en todas las legislaciones de las cuales ha derivado la nuestra, así:

1) Legislación hondureña:

La inclusión del orden del día en el aviso de convocatoria de una Asamblea General es, sin duda, uno de los requisitos mas importantes de la misma, ya que a través de éste todos los accionistas podrán enterarse, con anterioridad a la celebración de la sesión, de los distintos asuntos que van a tratarse en la misma. (Gutiérrez Falla Laureano, Apuntes de

Derecho Mercantil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1975, p.91-92)

2) Legislación mejicana:

En la convocatoria debe insertarse el orden del día, es decir, la enumeración de los asuntos que van a ser sometidos a la asamblea, y sobre los cuales puede tomar una resolución, con exclusión de cualesquiera otros.

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. (Mantilla Molina Roberto, Derecho Mercantil, 17 ed., Porrúa, Méjico, 1977, p.384)

3) Legislación italiana:

El aviso de convocatoria debe contener el orden del día, es decir la nota de las materias sobre las cuales la asamblea está llamada a deliberar. (Vivante Cesare, Trattato di Diritto Commerciali, 5ed, vol.II, Francesco Vallardi, Milano, 1929, p.225).

En la legislación italiana actual, entre otros:

La convocatoria se hace mediante un aviso publicado en la Gaceta Oficial de la República con al menos quince días antes de aquel fijado para la reunión; ... El aviso debe indicar el lugar de la reunión y el orden del día, es decir, el elenco de las materias a tratar; esto tiene una particular importancia, en cuanto fija la competencia de la asamblea, la cual no puede

deliberar sobre temas diversos. (Ferrara Jr. Francesco. Gli imprenditori e le società. 6 ed. Guifrè, Milano, 1975, p.436.

Vemos por lo tanto que todas las legislaciones de las cuales deriva nuestro Código de Comercio, establecen que el orden del día se debe publicar junto con la convocatoria. Y no puede ser de otra manera, para que el accionista se pueda informar sobre lo que se va a tratar en la asamblea que se ha convocado. Pretender, ya sea que el orden del día se de mediante un acto aparte, al que deben asistir los accionistas, o que el orden del día se de a conocer en la misma asamblea es inaceptable.

Es igualmente inaceptable que el orden del día simplemente indique expresiones tales como asuntos varios, o propuestas de los socios u otras similares.

Dicha enunciación, dada su vaguedad, hace que no se indique a los accionistas cuales son las materias sobre las que se debe deliberar, siendo innumerables los autores que se refieren al punto, siendo todos contestes, que esas indicaciones imprecisas, no indiquen cuales son las materias incluidas en la orden del día, y en consecuencia, no se pueda deliberar válidamente sobre ellas. Así por ejemplo, me permito citar:

“Rodríguez Rodríguez Joaquín, Tratado de sociedades mercantiles, tomo II, 4 ed., Porrúa, México, 1971, p.30-31: “El enunciado de los problemas en la orden del día debe ser preciso y claro, de modo que cada propuesta quede individualizada y no permita ningún equívoco. No parece que debieran estimarse como bastantes, referencias vagas, como las de “asuntos

varios” o “modificación de los estatutos”, aunque parece suficiente en este caso referirse a los artículos de la escritura cuya modificación se propone, sin necesidad de dar el texto de la modificación que se desea.”

En igual sentido se ha pronunciado el autor italiano Cesare Vivante, en su obra Trattato di Diritto Commerciale, vol. II, 5 ed., Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1929, p.225-226:

“El orden del día tiene una función positiva, debe informar a los socios las materias sobre las cuales deben deliberar, para que puedan tomar parte en la asamblea con un consejo maduro, y tiene una función negativa: debe impedir que se sorprenda la buena fe de los ausentes deliberando sobre argumentos sobre los cuales tenían razones para creer que no se deliberaría ...

Por las mismas razones, aplicables a casos opuestos, no sería suficiente un aviso genérico o incompleto como estos “asuntos diversos”, “modificación del estatuto”, porque no permiten descubrir el asunto a discutir.”

También se pronuncia en ese sentido, el profesor de la Universidad de Roma, Giuseppe Ferri, en Le società, UTET, Torino, 1971, p. 419, al decir:

“El orden del día delimita entonces la competencia de esa asamblea, en el sentido que las deliberaciones que fuesen adoptadas sobre argumentos que no están en la orden del día no son válidas.

Esta función de la orden del día implica por lo tanto que se ella pueda sacarse inequívoca y claramente cuales son los

temas específicos sobre los cuales la asamblea está llamada a deliberar. Indudablemente no es necesario el uso de fórmulas sacramentales y no se requieren especificaciones detalladas, pero es necesario que de la orden del día pueda sacarse una noción exacta de las materias a tratar y de las ...”

El mismo autor, en la misma obra, en página 471, establece que se puede invalidar la deliberación tomada, cuando existen vicios en la fase deliberativa,

“... vicios que pueden consistir o en el hecho de que la deliberación se haya tomado sobre un asunto que no estaba en la orden del día ...”

También es de la misma opinión, el distinguido Profesor de la Universidad de Perugia, Giancarlo Frè, en *Società per azioni*, 4 ed., Zanichelli, Roma, 1972, p. 312, cuando establece:

“El aviso de convocatoria debe contener el elenco de las materias a tratar y eso es lo que en el uso se llama la orden del día ...”

Es imposible por otra parte, fijar criterios rigurosos al respecto y será necesario caso por caso, como lo ha reconocido la jurisprudencia, investigar si las indicaciones contenidas en el aviso de convocatoria, sean tales de tener efectivamente informados a los socios de los argumentos a tratar, porque este es precisamente el fin de la disposición en examen. Así por ejemplo, creemos insuficiente la indicación “modificación del estatuto” ...

Es igualmente claro en relación con el punto que nos interesa, Graziani Alessandro, *Diritto delle Società*, Morano, Napoli, 1963, p.317:

“No se puede en la asamblea tomar deliberaciones sobre materias no indicadas en dicho elenco, excepción hecha para las deliberaciones concernientes a la responsabilidad de los administradores, que pueden tomarse siempre con ocasión de la discusión del balance ...”

... que el orden del día debe dar indicaciones, aunque sintéticas, pero claras y precisas (no ambiguas) de las materias a tratar, debe en consecuencia especificado, conteniendo las declaraciones del objeto de las deliberaciones individuales, no es necesario, por el contrario, que la orden del día contenga el texto de las soluciones concretas propuestas. **Insuficiente son por lo tanto, menciones genéricas como: “modificaciones estatutarias”, o “varios” ...**

En igual sentido se ha manifestado la jurisprudencia nacional. Al respecto me permito transcribir parte de la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°84, de las 9:30 horas del 24 de diciembre de 1993, la cual indicó:

III. Para resolver el fondo de esta litis es de vital importancia estudiar el procedimiento a seguir para la celebración de una asamblea, ya sea ordinaria o extraordinaria, de una sociedad comercial y en primer lugar se debe analizar el aviso de convocatoria, que para tales efectos se realice. Al respecto nos dice la doctrina: “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 suponían que no serían sometidos a acuerdo”. Debe excluirse, por consiguiente, que se pueda acordar sobre materia no indicada en el aviso, aunque sea afín”... (Brunetti Antonio). Tratado del Derecho de las Sociedades, Traducción del Italiano por Felipe de Solá Cañizares, Uteha (sic), Argentina, Vol. III, 1960, p. 381). También se ha dicho que “Los asuntos sobre los cuales la asamblea debe discutir y deliberar, se indican en una “relación” de las materias a tratar (por los prácticos, denominados “orden del día”)...”, contenido en el aviso de convocatoria incluso, debe advertirse que salvo deliberación unánime de los presentes, no se puede tomar deliberación sobre asuntos que no se indiquen en el orden del día. Esto para evitar sorpresas, por parte de quien quiera que sea (administradores o socios), y para impedir que se adopten deliberaciones sobre materias respecto de las cuales el socio no haya tenido la posibilidad de informarse y prepararse (Messeneo (sic), Francesco), Tratado de Derecho Comercial, Ediciones Jurídicas, Eura América, Buenos Aires, 1979, p. 435). Así las cosas, si infiere que el orden del día, claramente expresado, viene a constituirse en parte fundamental del derecho a la información que tiene todo socio. En este punto, señala nuestro Código de Comercio, en su artículo 163 que: 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.”. Nótese que se estipula orden del día, en general, es decir referido tanto a asambleas extraordinarias como ordinarias. Además dice “deberá

contener”, en términos imperativos, obligatorios y por lo tanto excluidos del ámbito facultativo, de voluntad de los socios. Así pues, en razón de lo expuesto y de la importancia señalada de tal aviso, debemos concluir que el orden del día debe ser claro, preciso, y contener una relación apropiada de los asuntos que serán tratados, por lo que no podría ser genérico. La doctrina nos dice: “Tampoco tendría ningún valor un aviso genérico e incompleto que dijese, por ejemplo. “para modificar el estatuto” o “reducción del capital social” o “para fusión con otra sociedad”, etc. El aviso ha de consignar en qué consiste la modificación, la cifra a que el capital ha de ser aumentado o reducido, la sociedad con lo que se proponen la fusión, etcétera”. (Brunetti, op. cit., p. 381). Ahora bien, el aviso que publicó Compañía Enlatadora Nacional Sociedad Anónima para realizar asamblea extraordinaria y a continuación ordinaria, a celebrarse el día quince de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, y publicado en la Gaceta número trece del miércoles veinte de enero de mil novecientos ochenta y ocho, el cual dice así: “La sesión extraordinaria conocerá de modificación a los estatutos y la ordinaria de los asuntos que indica el artículo 155 del “Código de Comercio” se considera como un aviso genérico, toda vez que se circunscribe a enumerar de una manera indeterminada los tópicos generales de la asamblea. No basta, por lo tanto, señalar reforma a los estatutos, sin precisar cuáles de ellos y en qué aspecto serían reformados. Y tampoco es suficiente que la agenda de la asamblea ordinaria remita al artículo 155 del Código de Comercio. Recordemos que la doctrina ha dicho “la distinta calificación de ordinarios y extraordinarios no está

en relación con la materia a tratar, sino al tiempo de la convocatoria, debiéndose las primeras convocar, por lo menos, una vez al año...". Es decir no es que las asambleas ordinarias sean menos importantes o menos delicadas, que las extraordinarias, ambas tienen una importancia fundamental y como tal deben ser correctamente convocados. Hasta aquí hemos visto que en el asunto en estudio, el aviso hecho por Compañía Enlatadora Nacional S.A., para convocar a asamblea extraordinaria es genérica e indeterminado. Ahora, es necesario saber que consecuencias produce este hecho. A nivel doctrinal este aviso constituye una formalidad de acatamiento obligatorio...". No ser verdad que las formas relativas a la convocatoria de la asamblea sean prescritas respecto exclusivamente de los socios. Forman parte de aquel complejo y necesario conjunto de formalidades, que tienen por fin hacer público, es decir, conocida a todos los socios, acreedores, interesados, actuales o eventuales, pasados y futuros, la vida de las sociedades por acciones. Todas son verdaderas disposiciones de orden público quedarían desarticuladas si fuese lícito, por razones particulares de hecho, prescindir de la observancia de ciertas formalidades. (Ver A. Scieloja (sic), Rassegna Critica, etc., en Saggi, Cit., II. p. 213 y ss 329. y ss. citado por Brunetti, op. cit., p. 332). "Una reunión de individuos, sin observar las formas exigidas por la ley, no puede emitir un acuerdo válido" (Brunetti, op. cit., p. A29). Vemos como a nivel doctrinal, los acuerdos así tomados son considerados inválidos. En nuestro medio este aviso también es obligatorio, como se expresó en líneas atrás. Por lo tanto la convocatoria a la asamblea hecha por la Compañía Enlatadora Nacional

S.A. a celebrarse el quince de febrero de mil novecientos ochenta y ocho al ser genérica e indeterminada no fue hecha correctamente y tenemos que el artículo 176 inciso b) del Código de Comercio expresa: "Serán nulos los acuerdos de las asambleas...b) cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en este capítulo..." Nuestra jurisprudencia ha sostenido que "debe tomarse en cuenta que, en general, se tiende a restringir al menor número posible los casos de nulidad de acuerdos tomados por asambleas generales de accionistas de sociedades comerciales y que la nulidad o la anulabilidad se producen cuando se han observado las formalidades prescritas en otros aspectos diferentes a la presencia del secretario, como lo referente a la convocatoria, porque no se avisó por los medios previstos, o si la reunión se verificó en otro sitio. (Juz. 61 Civil de S.J. Skarp S.A. c/Arias Villalobos N1 33 de 1983).

Es claro que la doctrina es unánime en relación con el punto, al igual que la jurisprudencia nacional, donde se ha indicado que no es posible que se indique como materia a tratar en una asamblea general de socios, menciones tan vagas como asuntos varios, propuestas de los socios o, reforma del pacto social de la empresa y, cualquier deliberación al respecto y evidentemente cualquier decisión, son nulas, por haberse tomado en contra de lo dispuesto en los artículos 152 y siguientes del Código de Comercio, y en especial el artículo 163 de dicho cuerpo normativo.

Asuntos incluidos ex legem en el orden del día.

Sin embargo existe un punto esencial acerca del tema que nos ocupa: ¿es necesario que la revocatoria y el nombramiento de los adminis-

tradores, al igual que los otros asuntos indicados en el artículo 155 del Código de Comercio, tienen que constar expresamente en el orden del día de una asamblea general ordinaria?

Ciertamente sabemos que los puntos a discutir en una asamblea de socios tienen que estar determinados claramente en el orden del día, el cual debe ser publicado conforme lo indique el pacto social, o en su defecto en el periódico oficial, ya que los socios deben discutir sobre ellos y tomar una decisión acerca de los mismos.

Como se ha dicho, indicaciones imprecisas no son aceptables puesto que no le permiten a los socios informarse de antemano acerca de los asuntos que se discutirán. Incluso podemos ir más allá y pensar en los socios a quienes no les interesan los asuntos a discutirse en una determinada asamblea, por lo que no asisten. Al discutirse puntos no anunciados con la antelación debida, se violan derechos de todos los socios, puesto que pueden carecer de información acerca de los mismos, precisamente por desconocerlos.

De allí a concluir que los asuntos propios que la ley considera como esenciales de las asambleas ordinarias, para poderse conocer tienen que estar incluidos en el orden del día es otra cosa.

Digo lo anterior porque de la simple lectura del artículo 155 del Código de Comercio se concluye lo contrario. Para información me permito transcribir dicho artículo:

"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."

Como puede observarse las materias establecidas bajo los parágrafos a) al c) son parte de los asuntos a tratar por la asamblea general de socios, por mandato de ley; lo que implica que siempre están incluidos en las materias propias de la asamblea general ordinaria de socios.

En el caso específico del nombramiento o revocatoria de los administradores, ello es congruente con una de las características del cargo, cual es su revocabilidad incausada. Dicha particularidad está expresamente indicada en el artículo 183 del Código de Comercio, cuando establece:

El cargo de consejero es personal y no podrá desempeñarse por medio de representante; **el nombramiento respectivo es revocable.**

Dicha característica de revocabilidad ad nutum no sería posible ejercerla plenamente si antes hubiese que incluir en el orden del día esa situación.

Ciertamente no ignoro la sentencia del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda que

ha indicado lo contrario, pero mi criterio es que el esquema de razonamiento seguido en dicha sentencia está equivocado y pone a decir lo que otros tribunales no han dicho y obedece a una mala lectura del artículo 155 del Código de Comercio.

Para información me permito transcribir dicha resolución:

Nº 340 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA.- San José, a las trece horas cincuenta minutos del veintinueve de setiembre de dos mil cinco.

VI.- A fin de dilucidar la alegación que antecede sobre la bondad jurídica de la anulación asamblearia (sic) acordada por el juez de instancia, se impone dictaminar la presencia o no de las connotaciones jurídicas que atribuye el apelante al pluricitado artículo 155 referido a las Asambleas Ordinarias, al disponer: “ 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 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 administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y d) Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social. ” Del contexto del artículo precedente, se desprenden dos consideraciones sobre el tema debatido. En primer lugar, que

todo Junta General Ordinaria, tiene como contenido mínimo materias concretas enunciadas en el listado de incisos contemplados de las letras a) a la letra c), sobre los cuáles tiene competencia exclusiva la Junta General Ordinaria. En segundo lugar relacionado el inciso d) con el párrafo primero corresponde a una norma abierta *-numerus apertus -* que permite la inclusión de asuntos que se encuentren previstos en los estatutos como asuntos de conocimiento de Asambleas Ordinarias (sic) conforme a la escritura social. De lo expuesto se evidencia que el régimen jurídico sobre el contenido de las Asambleas Generales Ordinarias de las Sociedades Anónimas, no se agota en lo supuestos concretos que contiene el ordinal 155 que pueden ser considerados como necesarios por el legislador, sino que incluye aspectos que el contrato social incluye como asuntos de índole ordinario. Bajo tal perspectiva, con relación a la frase “*además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes: (sic)...*”, no es dable interpretar que los supuestos contemplados en los tres primeros incisos, incluido desde luego lo referente al nombramiento o revocación de los administradores contemplado en el inciso c), tengan que resultar ajenos a los deberes de publicación y difusión perseguidos con la exigencia de que figuren dentro del orden del día. En modo alguno podría derivarse que los supuestos contemplados en el citado ordinal 155 y en particular lo referente al nombramiento y revocación de administradores, no tengan que estar incluidos dentro del orden del día, dado que en tal supuesto se conculcaría el deber de convocatoria previsto en el artículo 163 del Código de Comercio según se infiere a su vez de la

cita jurisprudencial consignada en el fallo apelado que corresponde al voto número 84 de las 9:30 horas del 24 de diciembre de 1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

La doctrina ha sido clara al respecto. Basta simplemente estudiar lo que referente al punto en discusión ha indicado Joaquín Rodríguez Rodríguez en Tratado de Sociedades Mercantiles, IV ed., tomo II, Porrúa, México, 1971, p.31-33, cuando éste manifiesta:

“No obstante que la asamblea general no puede resolver, sino sobre los asuntos comprendidos en el orden del día y sólo sobre ellos, caben cuatro excepciones, en el sistema de la ley mexicana: 1. Cuestiones anexas ... 2. Asamblea totalitaria ...

3. Asuntos comprendidos “*ope legis*” en el orden del día.

La tercera excepción concierne sólo a las asambleas ordinarias, ya que se afirma que las condiciones fundamentales de competencia de la misma, esto es, las relativas a balance, nombramiento y revocación de administradores y comisarios, y su remuneración, deben entenderse comprendidos siempre en el orden del día, aunque no se mencionen expresamente en ella.

Esta situación es desde luego correcta en el derecho mexicano, en cuanto el artículo 181, L.G.S.M., dice que “la asamblea ordinaria ... se ocupará, *además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes*”; lo que claramente indica que las materias indicadas en el artículo 181 no precisan mención en el orden del

día, para que se consideren sometidas a la deliberación y acuerdo de la asamblea general ordinaria.

4. Asuntos que no requieren resolución ...”

En igual sentido Donati Antigono, Sociedades Anónimas, la invalidez de las deliberaciones de las asambleas, Porrúa, México 1939, p.209-210, al indicar:

“En el orden del día cada una de las materias que han de someterse a la deliberación deben estar claramente expresadas: las indicaciones ambiguas o indeterminadas equivalen a falta de indicación. Es, sin embargo, suficientemente clara la dicción “*asamblea ordinaria*”, porque en tal caso como nota de los asuntos se entiende la establecida por el art. 184. La doctrina corriente sostiene, además, en todo caso comprendidas *ope legis* en el orden del día de las asambleas la acción de responsabilidad de los administradores y su revocación y, también en todo caso, las deliberaciones accesorias que estrictamente siguen a las que forman el objeto indicado en el orden del día.”

Aún más explícito es Vivante Cesare, Trattato di Diritto Commerciale, Volumen II, Le società commerciali, V ed. Dottor Francesco Vallardi, Milano 1929, p.226-227, al expresar:

“Debe tenerse en cuenta que aun en el caso de silencio del orden del día sobre el particular, están en el mismo comprendidos siempre, virtualmente, las cuestiones sobre responsabilidad de los Administradores y su remoción. No se puede admitir que la Asamblea deba dejar en la administración de la Sociedad hasta la convocatoria de una nueva Asamblea a quien se demostró

indigno de su confianza, ni que deba dejarle en las manos la hacienda social, en peligro de que haga desaparecer las pruebas que lo condenan. Esta facultad, comprendida implícitamente en todo orden del día, por efecto de la función misma de Administrador que es esencialmente revocable (art. 121, Código de Comercio), lleva consigo la de reemplazar a los Administradores revocados, porque la Sociedad no puede quedar sin los órganos necesarios para su administración y representación.

No se suprime con esta interpretación la sanción de nulidad establecida en el art. 155 para todo acuerdo tomado sobre un punto no indicado en el orden del día, porque esta disposición debe entenderse unida con el párrafo que inmediatamente la precede, de modo que se obtenga este significado: cualquier acuerdo tomado sobre un punto que debía haberse expresado en el orden del día y que no fue inserto en él, es nulo. Pero cuando el argumento fue incluido en el orden del día, como este de la revocación del mandato y como podría ser el de la aprobación del balance

en una Asamblea ordinaria convocada sin orden del día, entonces la sanción de nulidad está fuera de lugar, porque es inútil incluir expresamente en el orden del día lo que fue allí incluido por el legislador.”

Finalmente es importante agregar la opinión de Gutiérrez Fallas Laureano, Apuntes de Derecho Mercantil, tomo II De los órganos de la sociedad anónima, Editorial Universitaria, Tegucigalpa 1990, p. 120, al expresar:

“De ahí que sería nulo ex Art. 193 (II) del Código de Comercio todo acuerdo adoptado sobre materias que no estuviesen incluidas en el orden del día, salvo la única excepción de aquellas enumeradas en el artículo 168 del propio Ordenamiento Legal, si la Asamblea fuese de carácter ordinario.”¹

Me parece que con las citas hechas de reconocidos autores, queda claro que por mandato de ley se incluyen en el orden del día de toda asamblea general ordinaria de socios, los puntos contemplados en el artículo 155 de nuestro Código de Comercio.

¹ Artículo 168 del Código de Comercio de Honduras: La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año, dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social, y podrá ocuparse, además de los asuntos incluidos en el orden del día, en los siguientes:

1. Discutir, aprobar o modificar el balance, después de oído el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.
2. En su caso, nombrar y revocar a los administradores y a los comisarios.
3. Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

EL CONVOCANTE PARA LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

Dr. Jaime Eduardo Barrantes Gamboa
Doctor en derecho, Master en derecho empresarial, Abogado y Notario.

1. Introducción

La sociedad anónima es un sistema y el mercado, es el entorno. En este se ubica el derecho. Es claro que la sociedad actúa en el mercado a través de su representante y recibe por medio de éste, las comunicaciones producidas por el entorno hacia la sociedad, conformada por órganos. Pero esas comunicaciones recibidas del entorno por el órgano de gestión, son traducidas mediante el proceso de diferencia para producir nuevas comunicaciones hacia lo interno y externo, de manera que en lo interno cuando sea pertinente, el órgano gestor deberá realizar la convocatoria a asamblea de accionistas para lo que corresponda conforme a sus competencias, sean temporales o permanentes en beneficio del socio. No obstante, el legislador patrio también ha previsto que el fiscal pueda convocar a asamblea en caso de omisión de los administradores e igualmente el juez del domicilio societario cuando los administradores incumplan sus deberes de convocación según el caso.

2. Poderes y deberes del administrador y del órgano para la convocatoria.

El órgano administrador de acuerdo con los artículos 181 y 184, tiene a su cargo los negocios sociales y en su fuero interno actúa por medio de resoluciones. Por tal motivo, Certad, confirma que el objeto social es el límite de los actos de gestión y de organización de la empresa¹.

El consejo de administración o junta directiva de la sociedad anónima, cuenta con competencias inderogables que, de acuerdo con Bianchi y conforme con la organización societaria, ostenta la centralización de poderes que le atribuye el ordenamiento y la asamblea: poder de decisión y de representación, de iniciativa, ejecutiva y de organización². En los ordenamientos que siguen el sistema monista, de acuerdo con Sánchez Calero, el consejo de administración es la única forma de estructurar la organización de la administración de la sociedad anónima³, por lo que, debido a la

¹ Conf. Certad, Gastón. *La Administración de la Sociedad Anónima, III, Poderes de Gestión y Poderes de Representación*, Revista de Ciencias Jurídicas, 71, (1992) 15-16

² Conf., Bianchi, Giorgio. *Gli Amministratori di società di capitale*, (2006) 1-2; en igual sentido, Lapertosa, Flavio; Liebman, Stefano; Sbisa Giuseppe y Zoppini, Andrea. *Codice Civile Commentato*, III Alpa, Guido e Mariconda, Vincenzo (coords), (2005) 1167.-

³ Ver Sanchez Calero, Fernando. *Los Administradores en las sociedades de capital* (2007) 511.

estructura determinada para el órgano de administración por el Código de Comercio costarricense, éste actúa bajo el principio de colegio que, en esencia, es una de sus configuraciones básicas, con decisiones de mayoría y actuación conforme al principio democrático⁴, todo de acuerdo con los artículos 184 y 188, del citado Código.

Precisamente, el control de esos actos de gestión y de organización, se llevan a cabo en una asamblea de socios. Para ello, existe un poder de iniciativa del órgano, o bien, de un funcionario competente y que contractualmente se designó en estatutos para efectos de la rendición de cuentas. El poder de iniciativa para convocar la asamblea, es conforme con la organización societaria. En omisión de indicación a la hora de constitución societaria cual funcionario ostentará el poder para convocar, corresponderá al órgano de administración el encargado de la convocatoria, caso contrario, convocada la asamblea por persona incompetente, la asamblea será en opinión de Bianchi, totalmente inexistente⁵, porque estamos ante un defecto de la convocatoria.

Certad indica que los administradores son el órgano al que, institucional y legalmente compete la administración de la sociedad, con dicho objetivo se le atribuyen los siguientes poderes:

- a) de decisión y de representación,
- b) de iniciativa, correspondiéndoles las convocatorias de las asambleas

de accionistas cuando en el pacto constitutivo no se hubiere designado otro órgano o funcionario social (art. 158, párrafo primero del Código de Comercio) y en las hipótesis contempladas en los artículos 159 y 160; la correlativa determinación del orden del día (art. 163 in fine); y, además, la redacción del proyecto de balance que deben someter a la aprobación de la asamblea de socios (art. 155 inc. a), y

- c) de ejecución, pues deben ejecutar los acuerdos de las asambleas de socios⁶.

El mismo autor, Certad, en relación con el derecho costarricense, haciendo énfasis en el órgano de gestión societario, establece a su vez que el poder de gestión es el poder deliberativo (de administración o de decisión) de los administradores⁷.

Esas competencias inderogables presentan aristas relativas, en cuanto, por una parte, las funciones, como se dirá y que realiza el órgano, o bien, el competente, pueden ser temporales y, por otra, que el principio de inderogabilidad del colegio, como también es relativo, presenta para el administrador la atribución de funciones específicas que no ejecutará el órgano. El órgano gestor está compuesto por personas físicas que actúan en el campo de las relaciones internas. Para ello, véanse entre otras, las funciones que deben llevar a cabo tanto el presidente, el secretario cuanto el tesorero. En relación al primero, los artículos 168, 174, 182 y 184, todos

⁴ Conf. Maradiaga, José Roberto. *Tratado de Derecho Mercantil* (2002) 434.

⁵ Conf. Bianchi. *Gli Amministratori di società di capitale*, (2006) 259.-

⁶ Conf. Certad. *La administración de la Sociedad Anónima, I Composición y Funcionamiento del Órgano Gestor*, Revista de Ciencias Jurídicas, 69 (1991) 146-147.-

⁷ Conf. Certad. *La Administración de la Sociedad Anónima, III, Poderes de Gestión y Poderes de Representación*, Revista de Ciencias Jurídicas, 71, (1992) 13.-

del Código de Comercio detallan actuaciones personales del presidente; el secretario, por su parte, artículos 168, 174, 182, 253 y 260 también del mismo cuerpo de leyes, expresa las actuaciones de este integrante del órgano gestor y, por último, el tesorero, de acuerdo con el artículo 253 del Código de marras. Pero en el caso del consejo de administración, deben actuar de forma colegiada. Como se ve, la tesis de la derogabilidad del método colegial está contenida en la legislación societaria y se ubica en el caso del párrafo primero del ordinal ciento cincuenta y ocho del Código de Comercio.

Poder de iniciativa del convocante.

Uno de los poderes más importantes del administrador es el de iniciativa. El artículo 158 del Código de Comercio, claramente establece:

“Artículo 158. *La asamblea deberá ser convocada en la forma y por el funcionario u organismo que 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.”

El artículo transcrito, hace énfasis en tres aspectos:

- a) el régimen publicitario del aviso de la convocatoria,

- b) la iniciativa para convocar a asamblea e individualización del convocante, sea funcionario y organismo respectivo que tienen el poder para convocar la asamblea de socios como la oportunidad para hacerlo, y
- c) la regla de la asamblea totalitaria sin convocatoria.

La ley costarricense, de acuerdo al párrafo primero del citado ordinal del Código de Comercio costarricense, impone a los constituyentes dos aspectos fundamentales:

- a. forma de convocar,
- b. funcionario u órgano competente.

En relación con el punto a), que es el régimen publicitario del aviso de convocatoria, el párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio establece la solución permitiendo a los constituyentes elegir la forma de convocar para la asamblea y en caso de omisión, se publicará bando en el diario oficial La Gaceta⁸.

En cuanto al segundo aspecto, es el que interesa en este momento abordar. En efecto, ese poder de iniciativa debe corresponder al órgano, salvo que por estatutos se haya consignando un funcionario con competencia para ello. En derecho comparado, el artículo 2366 del Código de Comercio Italiano establece la cadena o secuencia de actos para la convocatoria⁹ como el autorizado para tal efecto, conteniendo régimen similar al numeral 158 del Código de Comercio patrio; pero más amplio. Por su parte, la ley de sociedades

⁸ Ver al efecto, considerando III, voto 682-F-2006 de 10:45 del 20 de setiembre 2006 de Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

⁹ Conf. Libonati, Berardino, *Corso di Diritto Commerciale*, (2009), p. 391.

alemana, en el párrafo 121(2), confirma que el órgano administrador es el que ostenta el poder de convocar, salvo que se otorguen tales facultades a otras personas de acuerdo con los artículos de los estatutos, párrafo 121(2) in fine y en el caso del Código de Comercio Hondureño, el artículo 174 párrafo primero establece que los administradores o los comisarios son los encargados de las convocatorias a asambleas.

En el caso de Costa Rica, de forma imperativa el párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio obliga a los constituyentes y que el notario no puede obviar, menos el Registro de Personas Jurídicas, a consignar en la escritura social la persona u organismo que debe hacer las convocatorias. Para tales efectos, Certad enfatiza en si el pacto social no indica el órgano o funcionario encargado de convocar a los socios, será suficiente, registralmente hablando, para no autorizar la inscripción de la sociedad. En caso de que se inscribiera la sociedad con la omisión, la convocatoria deberá realizarla al órgano gestor o la junta directiva, por ser una función típicamente administrativa¹⁰. Esto tiene su motivación en cuanto en materia societaria debe distinguirse entre normas de orden público, normas imperativas y de autonomía de la voluntad. Los dos primeros conceptos nunca pueden ser confundidos. Tratándose de sociedades anónimas, el legislador no dispuso que las normas en este caso sean de orden público, pero producto del diseño legislativo,

la arquitectura societaria entonces deberá entenderse en estricto apego al numeral 28.2 constitucional con salvedad de aquellas normas imperativas que limitan el principio de autonomía de la voluntad¹¹ como las que se ubican del artículo 102 al 200 del Código de Comercio en lo que corresponda.

Si el consejo de administración es el órgano que realiza la convocatoria, lo hace por ser una función típica de este órgano. Claro está, esto es así por estar dentro del marco de sus competencias. Pero también podría pensarse en una propuesta de competencia temporal para lo cual, requerirá de algunos comentarios más adelante. El colegio –entiéndase consejo de administración-, solo actúa por medio de resoluciones, párrafo 2, artículo 184 del Código de Comercio y esto es importante porque para convocar a asamblea, si no hay funcionario determinado en estatutos para ello, el órgano deberá acordar mediante resolución al efecto la realización de la asamblea, preparando la convocatoria que lógicamente contiene la agenda u orden del día. Es el inicio de la cadena de actos del camino asambleario. De esta forma, por falta de funcionario competente en la escritura social, además del consejo de administración, pueden convocar a asamblea: el fiscal, (artículo 197, inciso e), o bien el juez, en el caso de los artículos 159 y 160, todos del Código de Comercio. Los socios por si mismos no pueden hacer una convocatoria, pero reunidos todos en un momento dado, pueden dispensar de la convocatoria para constituirse

10 Certad, Gastón. *La administración de la Sociedad Anónima, I Composición y Funcionamiento del Órgano Gestor*, Revista de Ciencias Jurídicas, 69 (1991) 147.

11 Sobre este tema, en doctrina internacional puede consultarse Bakmas, Iván, *Sociedades Anónimas y orden público*, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Derecho Comercial, Sociedades Comerciales, doctrinas esenciales, Tomo III, Anaya y Alegría, Directores, (2008), pp. 95-124 y en doctrina nacional, Certad, Gastón. *Derecho societario y normas de orden público*, Revista de Ciencias Jurídicas, 117 (set-dic 2008) pp. 63-86.-

en asamblea totalitaria. De esta relación se hará comentario adelante.

La discusión se centra, entonces, en la iniciativa de convocatoria por medio del funcionario competente y la derogabilidad del método colegial. En efecto, si la misma legislación societaria costarricense, párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio, permite la posibilidad de que en la escritura social se designe funcionario competente para convocar, puede entenderse sin duda que la derogabilidad del método colegial es posible.

Ese poder de iniciativa en la convocatoria, además de impulsar a la sociedad en la búsqueda y realización de su objeto, permite entender que en una persona subsiste la posibilidad de elaborar el orden del día porque así lo determinaron los fundadores. Si se analiza el párrafo primero del artículo 163 del Código de Comercio, confirma la posibilidad de redactar la agenda para la asamblea:

“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.

...”

Con lo cual puede afirmarse que tanto de forma legal como en doctrina¹² el convocante tendrá la obligación de redactar la convocatoria de forma clara y concisa, la que contendrá los temas que sean competencia de la(s) respectiva(s) asamblea(s). Además, de forma excepcional, la legislación comercial patria permite algunos puntos accesorios que pueden ser conocidos en asamblea sin necesidad de determinación en la agenda¹³, como las medidas a tomar sobre el resultado.

En resumen, puede afirmarse, de acuerdo con Busi y citando a Santoro-Passarelli que la convocatoria es un acto de comunicación que ingresa en la categoría de los actos jurídicos en sentido estricto, en la subcategoría de las participaciones o comunicaciones, cuales declaraciones no negociales de hechos (reunión asamblearia), destinado al conocimiento de terceros¹⁴. Flume, por su parte, haciendo un listado de actos del ordenamiento jurídico del BGB (Código Civil) alemán, indica que el tráfico jurídico está colmado de comunicaciones de todo tipo y, en virtud de ello algunas se aproximan a las declaraciones de voluntad jurídico negociales¹⁵ que otorgará los efectos respectivos una vez publicada, para lo cual puede pensarse en la prórroga de la asamblea, la desconvocatoria y otras variables.

12 Conf. Saleilles Climent, José Ramón. *El funcionamiento del consejo de administración*, (1995) 328-330.

13 Rescio, Giuseppe. *Junta General de socios. Pactos parasociales*, en Derecho Italiano de sociedades (2008) 253-254, explica que se admite que cada materia del orden del día comprenda implícitamente aquellas accesorias, como la emisión de nuevas acciones respecto del aumento de capital, el nombramiento de liquidadores respecto de la disolución voluntaria o la acción de responsabilidad contra los administradores respecto de la aprobación del balance de ejercicio (caso específicamente previsto por el art. 2393, aunque limitado a la responsabilidad por hechos durante el ejercicio a que se refiere el balance). En igual sentido, inciso a) del artículo 155 del Código de Comercio de Costa Rica.

14 Santoro Passarelli, voz *atto giuridico*, en Enciclopedia di diritto, IV, Milano, 1959, p. 213, citado por Busi, Carlo Alberto. *Assemblea e decisione dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, Trattato di Diritto dell'economia, IV. (2008) 277.-

15 Flume, Werner. *El Negocio Jurídico*, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, (1998) 146 y sgte.

3. El poder de iniciativa: ¿Competencia permanente y/o protempore del convocante?

3.1 Competencias permanentes.

La distribución de competencias, dicen las autoras Boquera Matarredona y Latorre Chiner, es uno de los temas más delicados en el derecho de sociedades, en lo que respecta establecer los límites de la autonomía de la voluntad de los socios, pues resulta delicado, principalmente, por la indeterminación de la propia ley, la cual no es rotunda en la atribución de competencias a los distintos órganos. También por la incertidumbre de las normas imperativas o dispositivas de los preceptos de la ley de sociedades y de un estudio jurisprudencial y registral, se determinó que en materia de competencias, han diseñado una clasificación atendiendo el contenido de las cláusulas: a) cláusulas complementarias de la ley cuando ésta delega en los estatutos la facultad de concretar el órgano competente; b) cláusulas atinentes a la injerencia de la junta en asuntos de gestión; c) cláusulas que condicionan o limitan la función de representación de los administradores y d) cláusulas que amplían las competencias del órgano de administración¹⁶.

La materialización de esas cláusulas demuestra que lo pretendido no es otra cosa que la actuación marginal del órgano respectivo, en algunos casos, puede ser que no. En derecho societario costarricense, tal génesis se ubica

en lo dispuesto por el inciso 19 del artículo 18 del Código de Comercio costarricense, que en socio por ejemplo, de lo dicho en el inciso d) del artículo 155, los fundadores puedan consentir en cualquier otra convención, no significa que puedan convenir lo que estimen, entre otros, pero no limitados a conceder poderes generalísimos al fiscal, que la administración sea llevada por un grupo de socios cuyo poder derive de un pacto parasocial, o que la asamblea de accionistas como órgano sea el que tenga la representación societaria; reducir las causales de disolución al mero acuerdo de socios, pero que si podrá pactar controles para orientar el desarrollo del objeto social con lo cual se desarrollan las comunicaciones al órgano gestor.

Un ejemplo claro de la remoción del principio de autonomía de la voluntad en relación con la limitación a la representación lo fue, precisamente, lo dispuesto en el voto 489-F-2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Hay algunos comentarios sobre el tema, que se escapan, como el caso de si excedido el objeto social, podrá imponerse limitaciones al presidente como representante legal o por el solo hecho del deber de rendición de cuentas, le será aplicable el ordenamiento penal económico y otros en búsqueda de resarcimiento por enajenación o mala administración de bienes ajenos.

La problemática por la omisión legislativa en la interpretación de las competencias orgánicas, se sucede, muchas de las veces, al considerar que la estructura normativa del derecho

16 Conf. Boquera Matarredona, Josefina y Latorre Chiner, Nuria. *Configuración estatutaria de competencias*, en *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios, problemas societarios a cargo de Embid Irujo, José y Roque Vitolo, Daniel* (2005) 27-28.-

societario puede ser modificable de acuerdo con el inciso 19 del artículo 18 del Código de Comercio, el cual reglamenta el principio de autonomía de la voluntad, sin embargo, tal apreciación es un error, por cuanto a la inversa, la estructura normativa es el límite a la autonomía de la voluntad, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Comercio, que permite la reglamentación societaria¹⁷, sin modificar la estructura como tal, pero si regulando la organización y la actividad. Por tanto, se debe reconocer, sin más, que las normas imperativas deben ser respetadas como bloque sin posibilidad de modificación, por ello se habla de un modelo imperativo, no flexible¹⁸; sin embargo, nuestro ordenamiento societario tiene más de modelo imperativo que de flexible, y de acuerdo con el artículo 18, siguientes, 102, siguientes del Código de Comercio, queda claro el respeto por las normas de derecho imperativo, donde en algunos casos, la disposición en contrario.

Como excepción a la actuación marginal es el tema de los resultados o ganancia neta. Si el órgano gestor, luego de conocer el resultado indica a la asamblea anual cuál es la utilidad líquida por distribuir, podrá esa asamblea ordinaria anual de accionistas rechazar tal propuesta y distribuir cantidad mayor. La respuesta puede ser objeto de otra investigación, pero en este caso, de

suceser, habría que analizar variables como la aplicación del resultado, el monto y la ganancia líquida, la responsabilidad, la interconexión orgánica, si el consejo de administración puede sugerir distribuir resultados o no, etc. Lo que sí queda claro, en cuanto al plano de los órganos societarios y la interpretación de las funciones orgánicas, es que puede ser visto desde un ángulo distinto del vertical descendente como usualmente se dibuja la asamblea y el consejo de administración o junta directiva.

Como bien se advirtió, es una competencia del órgano administrador el convocar a asambleas, independientemente de que se trate de asambleas ordinarias, extraordinarias, mixtas o conjuntas, especiales, etc. El socio o socios, con excepción de la asamblea totalitaria que es una reunión que supera la convocatoria, no puede convocar a asamblea de accionistas ni el consejo de administración puede solicitar convocar a asambleas mediante procedimiento judicial pero si podría pensarse en que el administrador utilice la convocatoria judicial para reunir a los administradores¹⁹. Por consecuencia, el funcionario designado en estatutos, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 158 del Código de Comercio, puede también convocar a asambleas. Es decir, es una competencia ya otorgada al órgano como al funcionario respectivo si fuera del caso.

17 El reglamento es un conjunto ordenado de preceptos complementarios del contrato o del estatuto, establecido con el objeto de regir el funcionamiento de los órganos sociales en aspectos no previstos en la ley o en los estatutos, por lo que el reglamento constituye o integra el orden jurídico societario y se traduce en un acto normativo de carácter general para un número indeterminado de personas o casos. Conf. Gagliardo, Mariano. *Cuestiones societarias*, (2005) 63-68.

18 Modelos flexibles pueden encontrarse en la ley española de sociedades anónimas. Wirth, Gerhard; Arnold, Michael y Greene, Marck, *Corporate Law in Germany*, (2004) 267, confirman que el modelo alemán es imperativo, parágrafo 23(5), donde expresa que las cláusulas estatutarias pueden ser desviadas si la ley lo permite.

19 Ver al respecto, García Lapuente, Antonio, *Convocatoria judicial de Consejo de Administración* en *Revista de Derecho de Sociedades, Derecho de Sociedades II, Praxis: Cuestiones y Formularios*, (2010), pp. 635-647.

En consecuencia, el poder de iniciativa del funcionario u órgano para convocar a asambleas es claro y contundente. No obstante, pueden sucederse algunas hipótesis, como el caso de que los fundadores hayan designado un funcionario para convocar a la asamblea extraordinaria y no para todas o bien a la inversa, de manera que en lo omitido, será la junta directiva la competente para la convocatoria luego de tomar la correspondiente resolución. De esta forma, la competencia para las asambleas puede pensarse es una competencia permanente, sin embargo, para la asamblea ordinaria anual, como control de la gestión societaria, puede afirmarse que la competencia es temporal, no permanente. Tal limitación, por tanto, puede analizarse de la siguiente manera:

3.2 La competencia *protempore* para la asamblea ordinaria anual.

El párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio, se reitera, permite a los socios constituyentes designar persona u organismo para convocar a asamblea, sea esta ordinaria u extraordinaria. En igual sentido, la asamblea extraordinaria puede acordar modificaciones

posteriores al pacto para consentir quien será el convocante. De todas maneras, no designado ese funcionario, el órgano administrativo tendrá el poder de iniciativa para la convocatoria, como el establecer los temas de la agenda.

Los administradores, de acuerdo con los numerales 155, 191, 197 inciso e)²⁰, y 258²¹, todos del Código de Comercio costarricense, están obligados a llevar cuentas en orden cronológico como balances de situación mensuales, además, elaborar balances anuales, pero no limitados a estas actuaciones, constituyen en síntesis, un control societario que será de conocimiento de los socios en la asamblea ordinaria anual para su aprobación o improbación.

Tratándose de la asamblea anual de carácter ordinario, la norma contenida en el párrafo primero del artículo 155 del Código de Comercio, como norma imperativa²², señala el período dentro del cual debe llevarse a cabo esta asamblea anual, y es no modificable contractualmente. Madina relaciona, al igual que en el derecho alemán, que el reconocimiento para dicha asamblea anual, tiene un carácter

20 **Artículo 197.** inciso e) Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores; consúltese además, voto 1666-G de 7:50 horas del 26 de noviembre 2004, Tribunal Primero Civil de San José.

21 **Artículo 258.** En el libro de Balances se asentará por primera partida el Balance General de Situación del negocio o empresa al iniciar operaciones. Sucesivamente, cada año, al cierre de operaciones de su ejercicio fiscal, deberán asentarse los siguientes estados:

- Balance de comprobación, anterior al cierre de operaciones del Libro Mayor;
- Estado de ganancias y pérdidas;
- Balance general de situación, posterior a dicho cierre; y
- Estado de superávit o aplicación de sobrantes, en el caso de sociedades.

Dichos balances y estados, los firmará, en ese libro, el dueño del negocio o de la actividad económica. Si se tratare de compañía colectiva, lo harán los socios; si de compañía en comandita, los socios de responsabilidad ilimitada; y si de anónima o de responsabilidad limitada, el contabilista encargado.

22 Véase artículo 2364 del Código Civil Italiano, como norma de derecho imperativo dirigida a la protección de minorías y terceros.

necesario y periódico, con competencia mínima, obligatoriedad predefinida como el tiempo de la convocatoria²³.

El propósito de dicha asamblea es, sin duda, conocer el informe anual de resultados que presenten los administradores; aprobar o improbar éste como tomar las medidas oportunas. Además, permitirá conocer el estado de la compañía mediante los informes contables, (todos), balances y resolver sobre la aplicación del resultado, en cuanto a ganancias, o bien, pérdidas si fuere el caso. En el fondo, balances como revisión o rendición de cuentas refiere a la protección del derecho de minorías, -contrario a la mayoría- como terceros y la obligación de contribuir con los gastos públicos, si fuera el caso.

Asimismo, como garantía del derecho de información preasambleario, tales documentos, anexos, balances, etc., deben quedar depositados en las oficinas de la compañía, si no hay otro domicilio autorizado en estatutos para la celebración de la asamblea, para ser revisados por los socios y sean debidamente informados.

Normalmente, el consejo de administración debe reunirse para considerar y resolver sobre los balances y resultados con la anticipación necesaria y poder convocar a la asamblea anual como la información que sea necesaria en caso de convocar otro tipo de asamblea de accionistas. En este sentido, Verón indica, en el caso de la asamblea ordinaria anual, que el directorio deberá reunirse con por lo menos un mes de anticipación a la fecha de

celebración de la asamblea ordinaria, con el fin de considerar los documentos y posible fecha de celebración de la mencionada asamblea²⁴; sin embargo, la temporalidad de la reunión dependerá de al menos dos variables:

- finalización del ejercicio económico, que se establece en normas tributarias, y
- balances y estados cerrados.

De manera que, la finalización del ejercicio económico dependerá a su vez de varias circunstancias:

- período económico del 1 de octubre al 30 de setiembre
- período económico del 1 de enero al 31 de diciembre
- cualesquiera otros que autorice la administración tributaria.

En consecuencia, la gran mayoría de las sociedades anónimas costarricenses, se ubican dentro del punto a) anterior, es decir, el ejercicio económico es del 1 de octubre al 30 de setiembre. Ese período anual, denominado fiscal, por el cual ejercerán la actividad económica, es reconocido por normas tributarias como confirmado por el párrafo primero del artículo 155 como del párrafo primero del artículo 258 del Código de Comercio, ambos del Código de Comercio.

Tanto el funcionario cuanto el órgano administrativo, en su caso, pueden convocar

23 V. Madina, Fernando. *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima*, (2004) 95-96.-

24 Verón, Alberto Víctor. *Sociedades Comerciales, Ley 19550 comentada, anotada y concordada*, II (2007) 824.

a asambleas ordinarias o extraordinarias; sin embargo, para convocar y llamar a socios a la asamblea ordinaria anual, únicamente podrán hacerlo dentro del plazo establecido, caso contrario, serán incompetentes para la convocatoria y contenido de la agenda. Para arribar a tal conclusión, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 155 del Código de Comercio, la realización de la asamblea ordinaria anual y la convocatoria en tiempo es una obligación que impone el legislador al convocante, en consecuencia, es un acto debido del funcionario o bien del órgano gestor en el tiempo establecido.

El poder de iniciativa para convocar y formular el contenido de la agenda, se manifiesta a partir del momento de la clausura del ejercicio económico de la sociedad en relación y fenece cuando ha transcurrido el plazo dicho, es decir, pasados los tres meses que ordena la norma del numeral 155 del Código de Comercio. De acuerdo con lo anterior, no se podrá convocar a la asamblea ordinaria anual antes del vencimiento del período económico, por cuanto, como bien lo indica Madina citando a Grippo, el legislador quiso que los interesados, con facultades de control sobre la contabilidad social, sean periódicamente y al menos una vez al año, informados sobre la situación patrimonial de la sociedad y el desarrollo de la gestión²⁵.

Y es que la tesis de la competencia protempore, tiene su sustento de forma fisiológica, en la capacidad organizativa y autoreproductiva del sistema como en el proceso mismo para lograrlo, aclarando siendo entonces que el poder de iniciativa para la asamblea ordinaria

anual deriva de la necesidad interna de conocer la situación de su estado –consecución del objeto social-, en relación con las cuentas y aplicación del resultado traducido en beneficios para el socio. Esa obligatoriedad de convocatoria derivada de norma imperativa para llevar a cabo el control y fiscalización de la actividad societaria en clara protección de minorías, terceros como la ejecución de los derechos de aquella minoría y derecho de información como de impugnación del socio.

Sin embargo, véase que si el funcionario u órgano de administración es omiso en su accionar al no convocar en tiempo, será otro órgano societario, denominado fiscalía o vigilancia, la que asuma tales funciones de convocatoria para activar el órgano asambleario. El Código de Comercio, concede a la fiscalía la obligación contenida en el inciso e) del artículo 197 del Código de Comercio, cuando se dispone que:

“Artículo 197: Son facultades y obligaciones de los fiscales:

...

Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores;

...”

Lo anterior obliga a pensar que el legislador ha dispuesto que, en caso de omisión, la competencia temporal para convocar a la asamblea ordinaria anual corresponda al fiscal

25 Conf. Grippo, L'assemblea nella società per azioni in Rescigno, (dir), Trattato di Diritto Privato, 1985, p. 366, citado por Madina, Fernando. *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima*, (2004) 80-81.

y se obligue a éste a realizar tal acto, por cuanto, de acuerdo con el artículos 197 inciso e) y 199, ambos del Código de Comercio, el fiscal tiene el deber de cumplir sus obligaciones y deberes, so pena de la responsabilidad individual.

Lapertosa Liebman, Sbisà y Zoppini, en sus comentarios al Código Civil Italiano, exponen que la fiscalía ostenta un poder de reacción y un poder-deber de convocar a la asamblea. Para ello, exponen los autores mencionados, que el artículo 2406 del Código Civil Italiano expresa, en el párrafo primero, que en caso de omisión o de retardo injustificado de parte de los administradores, el colegio sindical debe convocar a la asamblea y ejecutar la publicación prescrita de la ley, advirtiendo que ingresa en las tareas del colegio sindical activarse para garantizar la respuesta de la operación de los administradores y de ahí la atribución de una serie de poderes de reacción, el cual constituye en si mismo un deber inherente a la función de vigilancia. Además, afirman que hay otros poderes de reacción, como el someter a la asamblea llamada para aprobar el balance las observaciones y propuestas relativas al balance mismo y en cuanto al poder de convocar a la asamblea y ejecutar la publicación prevista en la ley en sustitución de los administradores que han omitido o retardado injustificadamente, es un

poder que el legislador ha otorgado al colegio sindical un poder autónomo de convocatoria en todas las sociedades por acciones²⁶.

Busi, sobre la novedad del párrafo primero del artículo 2406 del Código Civil Italiano, afirma que la obligación que se impone al colegio sindical, no sólo es en caso de omisión de los administradores en el retardo injustificado de estos en la convocatoria de la asamblea²⁷.

Por su parte, Verón, de cara a la legislación societaria argentina, confirma, que el artículo 294 inciso 7, faculta al síndico a convocar a asamblea extraordinaria cuando lo juzgue necesario y a la asamblea ordinaria o a asambleas especiales, cuando no lo haga el directorio y deberá convocar la asamblea ordinaria cuando el directorio haya dejado pasar el plazo establecido para ello en el artículo 234, párrafo último²⁸ de la Ley de Sociedades Comerciales²⁹.

Otros autores argentinos, Richard y Muiño, en relación con la misma legislación de este país, establecen que la fiscalía tiene atribuciones legales, que se denominan para el control normal, de integración administrativa y de integración de gobierno, u destacan dentro de esta última, la convocatoria a asamblea cuando sea omitido por los administradores³⁰.

26 Conf. Lapertosa, Liebman, Sbisà y Zoppini. *Codice Civile Commentato*, III Alpa e Mariconda (coords), (2005) 1286 y sgte.

27 Conf., Busi, *Assemblea e decisione dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, Trattato di Diritto dell'economia, IV. (2008) 350.

28 El párrafo final del artículo 234 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, dice que para considerar los puntos 1 y 2, sera convocada dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio. Los puntos 1 y 2 corresponde a balance general, estado de resultados, distribución de ganancias y designación y remoción de administradores y síndicos.

29 Verón. *Sociedades Comerciales*, Ley 19550 comentada, anotada y concordada, II (2007) 359; Nissen. *Curso de derecho societario*, (2006) p. 431.

30 Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel, *Derecho Societario*, 1, 2da edición actualizada y ampliada (2007) 645 y 646.

Rodríguez Rodríguez, en relación con legislación mexicana, expresa que la fracción 6 del artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que es un poder-deber de la fiscalía el convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, facultad que implica la obligación de convocar las asambleas cuando debieran hacerlo y no lo hagan los administradores y en este aspecto la falta de convocatoria puede implicar la obligación de convocar las asambleas cuando debieran hacerlo y no lo hagan los administradores y en este aspecto la falta de convocatoria puede implicar la responsabilidad de los comisarios que la descuiden³¹, lo que confirma entonces la tesis de que en el derecho costarricense, ante la omisión de convocatoria de los administradores de la asamblea ordinaria anual, la fiscalía está en la obligación de hacerlo y en su omisión, incurrirá en responsabilidad, tal y como lo relaciona el artículo 199 del Código de Comercio.

Además, Sánchez Calero, enfatizando en la legislación española, confirma que la ley establece como competencia de los administradores la convocatoria a la junta general, si bien existen casos especiales en los que se suple la inactividad³².

Ese diseño de la reacción de la fiscalía cuando el órgano administrador o bien el funcionario competente ha dejado de convocar en tiempo para la asamblea ordinaria anual, confirma dos cosas: la pérdida de la competencia luego de vencido el plazo otorgado por la ley para

ello y de otra, que confirmada la pérdida, es conveniente en razón de la exposición anterior, dilucidar el nacimiento de la competencia del órgano o bien del funcionario para convocar nuevamente a la asamblea ordinaria anual, que será diferente de cualquier otra asamblea ordinaria que se convoque, en cuyo caso no aplicará la tesis de la competencia temporal.

Básicamente, el debate se centra en lo siguiente: el órgano de administración o funcionario autorizado, pueden convocar a asamblea a partir del vencimiento del período económico. Fenece ese poder en tres meses, pero debe quedar claro que esa posibilidad de convocar vuelve a surgir con la siguiente clausura del ejercicio económico. De lo expuesto, la asamblea convocada luego de tres meses por el órgano de gestión o funcionario autorizado, presentará un defecto en la convocatoria. El órgano de fiscalía, por aspectos organizativos y fisiológicos, asume el poder de convocatoria vencido el plazo de los tres meses y fenece una vez que venza el período siguiente. Si la fiscalía no convoca cuando el órgano de gestión o el funcionario no lo hagan, quien ostenta la posibilidad de solicitar la convocatoria será la minoría calificada que determina el artículo 159 del Código de Comercio o en su caso, el socio en las hipótesis del artículo siguiente. En relación con numeral 159, los mismos accionistas considerados como minorías son órganos de vigilancia y ejercen funciones típicas de control y vigilancia³³. De esta forma, tendrán la posibilidad de solicitar al consejo de administración, en cualquier tiempo, cuando

31 Conf. Rodríguez Rodríguez, Joaquín *Tratado de sociedades mercantiles*, séptima edición (2001) 624-625.-

32 Conf. Sánchez Calero. *La Junta General en las Sociedades de Capital* (2007) 104.

33 Conf. Rodríguez Rodríguez. *Tratado de sociedades mercantiles*, séptima edición (2001) 609.

ya los administradores hayan perdido su competencia temporal, la convocatoria de una asamblea de accionistas para tratar los puntos indicados en la petición de rendición de cuentas del resultado económico. Si los administradores se negaren cuando se les ha solicitado la convocatoria, podrán los petentes acudir al juez del domicilio para gestionar la convocatoria respectiva y agenda del día de conformidad con el numeral 161 del Código de Comercio, previo traslado de la petición a los administradores y siguiendo los trámites de jurisdicción voluntaria.

Por virtud de lo anterior, es claro que si en la legislación societaria argentina como la italiana, existe el denominado poder de reacción del fiscal ante la omisión de convocación por parte del entonces competente, debe entenderse que este perdió su competencia, por cuanto los autores citados no exponen que la pérdida del poder de convocación es consecuencia del vencimiento del plazo y que, fisiológicamente, renacerá cada vencimiento de período y así sucesivamente, por lo que, en síntesis, se confirma un movimiento interórganico, sus poderes-deberes, y en última instancia, el juez será quien convoque a asamblea.

Por tanto, la competencia del funcionario u órgano para convocar la asamblea ordinaria anual es una competencia temporal. Inicia con la terminación del período fiscal y fenece tres meses después de finalizado el ejercicio económico y así sucesivamente.

La obligación de convocar es producto del deber de diligencia³⁴ del administrador,

obligado por el deber de administrar para lograr el objeto social y evitar su responsabilidad conforme artículo 191 del Código de Comercio costarricense. Si esos poderes de convocación son omitidos, la asunción de responsabilidad del administrador puede suceder de acuerdo con lo dicho en los numerales 189, 191 y 192, respectivamente, todos del Código de Comercio y con eventuales responsabilidades civiles y penales si fuera del caso.

Ahora bien, con respecto a la convocatoria parcial y la disolución. En el primer caso, el funcionario u órgano de administración que convocare a asamblea no someta a conocimiento de ésta de la aprobación de balances como de la gestión. ¿Que es lo que sucede? De acuerdo con el párrafo primero del artículo del artículo 155 del Código de Comercio, se establece:

“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 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

...
...”

34 Llebot Majo, José Oriol. *Los deberes de los Administradores de la Sociedad Anónima*, (1996) 29-43 donde se expone que el deber de diligencia trata de evitar que los administradores administren negligentemente la empresa.

Lo que obliga a considerar, sin más, que los asuntos contenidos en los incisos a) y b), están predefinidos, es decir, incorporados en la agenda, pero es conveniente relacionarlos en la agenda como obligación de indicar el o los puntos a tratar. Pueden agregarse otros, pero si la convocatoria de asamblea anual no contuviere los temas de aprobación del balance como de aprobación de los resultados, puede estimarse que la capacidad de reacción del fiscal ocurrirá en aquellos casos donde la administración no convoque a conocimiento de los socios el tema del resultado anual asamblea pasados los tres meses que la ley societaria concede para conocimiento de los socios. A la vez, éstos mismos también podrían, ante omisión de los administradores del contenido mínimo de las materias a conocer en la asamblea anual, solicitar la convocatoria al órgano gestor³⁵, por cuanto son los mismos administradores con su inercia los que motivan que los socios no conozcan el estado de la sociedad y las medidas a tomar.

En el segundo caso, disuelta la sociedad, la etapa siguiente es la liquidación. En este caso, Graziani, Minervini y Belviso, advierten que verificada una causa de disolución no se consigue inmediatamente la extinción de la sociedad, pero con la causa de disolución se coliga inmediatamente la mutación de los fines societarios, no persiguiendo los fines de lucro de acuerdo con el ejercicio de la actividad empresarial, sino que se tiende a definir las relaciones en curso, preservando

el patrimonio social³⁶. Ese es precisamente, lo dicho por la legislación costarricense, artículo 208 del Código de Comercio.

En consecuencia, ya el órgano de administración ha fenecido. El liquidador o los liquidadores asumirán, como una función liquidatoria y previa a la extinción societaria, la administración y representación legal, tal y como lo determina el artículo 211 del Código de Comercio.

Ya en este estadio, el deber de convocatoria, si bien existe de conformidad con lo relacionado en el inciso d) del artículo 216 del Código de Comercio, no se asemeja a la tesis fisiológica de la organización societaria ordinaria, en el sentido de que ese poder solo es conteste con la vida misma de la sociedad.

4. La problemática de la convocatoria judicial.

Los socios, podrán, además del fiscal, solicitar a la administración societaria, la convocatoria para la asamblea respectiva con el fin de conocer el resultado del período. Esta posibilidad para los socios, surge una vez finalizado el plazo predefinido por el legislador del artículo 155 del Código de Comercio³⁷. De acuerdo con lo anterior, los accionistas, por sí, no pueden hacer una convocatoria para la asamblea, por cuanto, en palabras de Verón, desvirtuaría las atribuciones conferidas a los demás órganos³⁸ y, además, porque

35 Ver al efecto, resolución número 208 de 15:30 horas del 07 de julio 2005 de la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil.

36 Graziani, Minervini y Belviso. *Manuale di Diritto Commerciale*, (2004) 287-289.-

37 Ver en igual sentido, párrafo primero del artículo 101 del Texto Refundido de Ley de Sociedades Anónimas de España. Conf. Sánchez Calero. *La Junta General en las Sociedades de Capital* (2007) 146.-

38 Conf. Verón. *Sociedades comerciales, ley 19550 comentada, anotada y concordada*, 2, (2007) 845.-

los accionistas están fuera de la sociedad, por tal motivo no pueden realizar convocatoria alguna.

En el caso del numeral 159 del Código de Comercio patrio³⁹, se exige una minoría calificada, consistente en el 25% de los socios propietarios del capital social, para requerir la convocatoria, sea esta para asuntos ordinarios y/o extraordinarios. Esta minoría calificada, puede estar integrada por cualquier clase de accionistas⁴⁰.

El legislador, expresamente permite que el socio solicite la asamblea para conocer de la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de utilidades, por tal circunstancia, ningún pacto de socios o parasocial, o bien el estatuto social, puede restringir total o parcialmente este derecho, por cuanto es norma de derecho imperativo que debe ser respetada. En efecto, el numeral 141 del Código de Comercio, como complemento del numeral 155 del Código de Comercio, establece que:

Artículo 141. Todo socio tiene derecho a pedir que la asamblea general se reúna para la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo.

Una vez solicitada la convocatoria a los administradores, la ley concede el plazo de quince días hábiles para que los administradores procedan a convocar la asamblea. En su omisión, o bien, con negativa de los administradores, la minoría calificada solicitante podrá acudir al juez del domicilio para gestionar la convocatoria y la asamblea con los temas de agenda que solicitaron a los administradores oportunamente. En este caso, puede incluirse un nuevo tema de agenda, correspondiendo a la responsabilidad de los administradores por las omisiones en el cumplimiento de obligaciones señaladas por el legislador y el juez se convertirá en convocante.

La segunda posibilidad, es la señalada en el numeral 160 del Código de Comercio⁴¹. La obligación impuesta por el legislador para conocer de la gestión, cuentas e informes anualmente, debe ser cumplida, sin embargo, en esta oportunidad, el socio, individualmente, podrá solicitar la convocatoria a la administración para conocer de los temas del numeral 155 del Código de Comercio, siempre y cuando se cumplan los supuestos del artículo 160 relacionado. Claro que hay situaciones especiales en el caso del socio petente, como el caso usufructuario/nudatario⁴², accionista y acreedor prendario⁴³, accionista y embargante⁴⁴, fideicomiso accionario, etc.,

39 Consúltense el artículo 175 del Código de Comercio de Honduras; artículos 141 y 142, ambos del Código de Comercio de Guatemala; artículos 184 y siguiente de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, artículo 236 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina.

40 Conf. Verón. *Sociedades comerciales, ley 19550 comentada, anotada y concordada*, 2, (2007) 847.

41 Ver al efecto, artículo 176 del Código de Comercio de Honduras; artículo 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México.

42 Consúltense párrafo segundo, artículo 139 bis del Código de Comercio de Costa Rica.

43 Consúltense párrafo primero, artículo 139 bis y 533 inciso i), ambos del Código de Comercio de Costa Rica.

44 Consúltense artículos 137, 689 párrafo segundo, ambos del Código de Comercio y artículo 18 de la Ley de Cobro Judicial.

pero que en todo caso, bastará con comprobar la legitimación por medio del registro de socios⁴⁵ y aportación de copia certificada de la(s) acción(es) y en caso de que no pueda aportar la certificación del registro del emisor, puede presentar copia certificada del título accionario y solicitar al juez que pida al emisor certificación del asiento respectivo que justifique la propiedad accionaria, caso contrario, no comprobada la legitimación, el caso debe cerrarse⁴⁶.

En igual sentido, si la administración fuere omisa en la solicitud de convocatoria, el socio podrá solicitar la convocatoria al juez competente mediante el proceso voluntario con soporte de artículos 819 a 824 del Código Procesal Civil.

Solicitada la convocatoria para la asamblea ante juez competente, éste dará audiencia a los administradores. Pueden ocurrir cuatro cosas:

que se opongan conforme numeral 821 del Código Procesal Civil, en cuyo caso se archivará la petición,

que se opongan parcialmente a uno o varios puntos de agenda,

que no se opongan pero extrajudicialmente convoquen a asamblea

que no se opongan,

En el último caso, no habría inconveniente alguno, en cuyo caso se deberá cumplir con todas las etapas para lograr la formación del acuerdo⁴⁷. Debe quedar claro, que el juez sustituye a los administradores en la convocatoria, para que los accionistas llamados puedan formar parte del órgano asambleario. Los demás estadios requeridos para el funcionamiento de la asamblea, deberán ser cumplidos para la toma de acuerdos, incluyendo mayorías para votación, caso contrario, podría generarse alguna nulidad de carácter absoluto o bien de carácter relativo.

En el caso del punto a), al establecer el numeral 161 del Código de Comercio que la convocatoria judicial es un proceso de jurisdicción voluntaria, bastará oposición total para que el juez resuelva dar por concluido el proceso y ordene acudir a la vía que corresponda. Aún con oposición total y si el juez realizare la convocatoria judicial y la asamblea, los inconformes legitimados podrán solicitar la nulidad de los acuerdos de asamblea judicial como en efecto puede suceder⁴⁸. Siendo imperativo lo dispuesto en el artículo 821 del CPC, el juez está obligado a dar por terminado el proceso, de manera que no puede llevarse a cabo la asamblea para pensar en que transcurrido el plazo de prescripción los acuerdos serán válidos.

En cuanto al punto b), si la oposición es parcial, el juez deberá ordenar la convocatoria

45 Conf. ver artículos 120 y 140, 687, todos del Código de Comercio costarricense.

46 Ver al efecto, voto 379-F de 7:45 del 29 de abril 2005 y 942-L de 7:45 de 14 de setiembre 2007, ambas del Tribunal Primero Civil,

47 Sobre convocatoria judicial de juntas, V. Giménez, Pilar *Convocatoria judicial de juntas* en La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro (2006), 107-167.

48 Sobre este tema, consúltese el considerando VI del voto 2010-987 de 9:30 horas del 7 de julio de 2010, Sala Segundo de la Corte Suprema de Justicia.

y celebrar la asamblea con los puntos restantes. En relación con el punto c) quedará en el socio acudir a la asamblea y gestionar lo que corresponda, ya que dependerá del tipo asambleario podrá argumentar si los convocantes contaban o no con competencia para convocar e iniciar entonces, las acciones de nulidad de acuerdos de asamblea si fuera del caso.

Respecto del punto a) y b), la oposición obligará al juez a resolver lo que corresponda, debiendo las partes acudir a la vía judicial a peticionar lo que corresponda en cuanto a la asamblea, pero esto revela que la vía de convocatoria judicial en caso de oposiciones injustificadas para retrasar el conocimiento del estado de resultados de la sociedad, puede representar abuso de derecho y enmarcarse en algunas otras conductas típicas que puedan ser eventualmente sancionadas.

5. Conclusiones.

De acuerdo con lo antes expuesto, el camino asambleario implica una serie de actos concatenados estructurados de forma lógica y secuencial para el fin específico. El análisis de la cuestión indica que el tema del convocante, como aspecto relevante, puede generar cantidad de litigios por violación normativa ante preclusión de estadios que, ante omisiones, daría lugar a acciones judiciales y/o arbitrales en su caso, con peticiones sobre nulidades y consecuentemente, incremento en la cartera de procesos.

Pero un buen manejo del tema redundará en beneficio de la paz social, no solo por reducción de litigios sino por evitación de defectos que motiven nulidades⁴⁹. Para ello, es conveniente agregar que efectivamente el órgano de administración es el órgano natural que cuenta con la competencia para llamar a socios a asamblea, salvo que se haya designado en estatutos funcionario al efecto y que tratándose de la asamblea anual ordinaria, la competencia será temporal, no permanente. La resolución del consejo para convocar, es sin duda, obligada. Pero a su vez, en caso de omisión de los administradores para tal convocatoria, el fiscal estará obligado a realizar la misma o bien los socios pedirlo directamente al órgano gestor en la forma y casos previstos en los artículos 159 y siguiente, ambos del Código de Comercio y persistiendo la omisión, pueden acudir al juez a solicitar la convocatoria.

Pero lo que preocupa y merece comentario, es una reforma de lege ferenda con el fin de que la asamblea de accionistas convocada por juez, siempre deba realizarse y para tal cometido será necesaria oportuna reforma legal al numeral 821 del Código Procesal Civil para establecer, por ejemplo, que en caso de convocatoria judicial la oposición no será admisible salvo en caso de que la asamblea se haya llevado a cabo con los temas tratados o bien se pruebe que esté en curso, porque de lo contrario, podría constituir un mecanismo dilatorio para que el o los socios se vean inhibidos de conocer el estado de la sociedad y deba recurrir entonces

49 Consúltese considerando VI, voto 001011-F-2005de 15:55 horas de 21 diciembre 2005, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

a otros procesos, como el establecido en el numeral 26.1 del Código de Comercio o pruebas anticipadas judiciales, etc., que motivarán de alguna manera abuso de derecho en la demora de conocer el estado económico de la sociedad o proceder con lo que corresponda.

De esta forma queda sembrada la semilla para que germine la posibilidad de que legislador varíe la normativa relacionada con la convocatoria judicial y de esa manera restringir la oposición y proceder entonces con el proceso asambleario.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL AGRARIO Y LA LEY DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN

(en la dimensión constitucional del Estado Social de Derecho)
(Colegio de Abogados, IDA, 14 de octubre, 2008)

Dr. Enrique Ulate Chacón
Miembro del Tribunal Agrario
Coordinador de la Cátedra de Derecho Agrario
VicePresidente de al Unión Mundial de Agraristas Universitarios

SUMARIO

1. Introducción al tema.
2. La Jurisdicción Agraria y el Tribunal Agrario como expresión de la garantía a la Justicia especializada.
3. La Ley de Tierras y Colonización es la máxima cristalización del Estado Social de Derecho, en materia de política pública agraria.
4. La realización de la Función Social de la Propiedad en casos concretos.
5. La defensa del Patrimonio Agrícola y Natural del Estado, consagrado en la Ley, y desarrollado en la Jurisprudencia.
6. El Contrato de adjudicación de Tierras como contrato constitutivo de empresa agraria. Derechos, obligaciones y limitaciones.
7. Causas de nulidad derivadas del Contrato de asignación de tierras.
8. La intervención del Estado en la solución de conflictos de posesión precaria de tierras. Su constitucionalidad. El agotamiento de la vía administrativa como mecanismo alternativo para el mantenimiento del orden social agrario.
9. La Usucapión Especial Agraria, una realidad viviente en nuestros tribunales agrarios.
10. La vivienda rural, y los huertos familiares, como expresión de la obligación del Instituto de Desarrollo Agrario de promover un Desarrollo rural integral y sostenible.
11. El arrendamiento agrario en terrenos del Estado, y la función del IDA.
12. Las nuevas dimensiones de la Justicia Agraria y del Derecho Agrario, y el rol del IDA en los retos del desarrollo rural sostenible, el agroambiente y la agroalimentación.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL AGRARIO Y LA LEY DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN

(en la dimensión constitucional del Estado Social de Derecho)
(Colegio de Abogados, IDA, 14 de octubre, 2008)

Dr. Enrique Ulate Chacón
Miembro del Tribunal Agrario
Coordinador de la Cátedra de Derecho Agrario
VicePresidente de al Unión Mundial de Agraristas Universitarios

1. Introducción al tema.

En mi carácter personal, y como VicePresidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (para la agricultura y la alimentación), fundada en Pisa hace veinte años, debo en primer lugar agradecer al Dr. Carlos Bolaños Céspedes el haberme invitado a participar en la celebración del 47 Aniversario de vida del Instituto de Desarrollo Agrario.

Sin duda alguna, esta es una valiosa oportunidad para dar a conocer y profundizar sobre la cultura jurídica agraria de nuestro País, que ha permanecido por muchas décadas, y se ha fortalecido con los pronunciamientos de la Sala Constitucional y de los Tribunales agrarios.

El Derecho agrario y la jurisdicción agraria, se ha convertido en un patrimonio jurídico que todos los costarricense debemos valorar y defender, porque ambos forman parte de la realización del Estado Social y Democrático de Derecho.

Hoy, más que nunca el sector público de la agricultura debe fortalecerse para hacer frente a los retos de la globalización, y a las crisis globales que están afectando especialmente

a los países en vías de desarrollo, como el cambio climático, la inseguridad alimentaria y la destrucción del medio ambiente.

En la solución a estos retos, juega un papel primordial la justicia agraria, los Tribunales agrarios y su jurisprudencia, tema del cual se me ha solicitado hablar. Pero no es posible hacer alusión a esta jurisprudencia, sin referirse a decisiones trascendentales de la Jurisprudencia Constitucional y a los criterios de interpretación que orientan la materia.

2. La Jurisdicción Agraria y el Tribunal Agrario como expresión de la garantía a la Justicia especializada.

En primer lugar, debe decirse que la existencia de la Jurisdicción Agraria, con jueces de primera instancia especializados, y un Tribunal agrario de apelación con competencia nacional, son la mejor garantía de la realización de una justicia especializada, que debe velar por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales que rigen el Derecho Agrario.

Se trata de una Justicia agraria con principios sociales que impregnan el mismo proceso agrario. Un proceso que debe ser menos

formal, esencialmente oral, con criterios de libre valoración de la prueba, y con garantías de acceso a la justicia, mediante la defensa pública agraria.

La Sala Constitucional, en las sentencias N° 3606 de las 15:12 horas del 19 de julio de 1994 y No. 3657, de las 14:44 horas del 7 de mayo del 2003, destaca esas características del proceso agrario, vinculadas a la oralidad, y también su fines primordiales de buscar la justicia social y la igualdad sustancial.

3. La Ley de Tierras y Colonización es la máxima cristalización del Estado Social de Derecho, en materia de política pública agraria.

La Ley de Tierras y Colonización de 1961, promulgada al amparo de los artículos 45, 50 y 74 de nuestra Constitución Política, constituye por sí sola, a mi juicio, la máxima expresión o realización del Estado Social de Derecho.

Es la primer Ley Orgánica de la materia agraria, aún vigente, que en un cuerpo sistemático, desarrolla los principios y valores constitucionales y regula los institutos fundamentales de la política agrícola del Estado.

Efectivamente, bastaría leer el **artículo 1**, para comprender que esos fines, principios y valores, son el objeto de regulación de esta Ley.

Al respecto, la Sala Constitucional, en la sentencia 2000-9119, del 17 de octubre, dice: "El Estado, atendiendo no sólo a ese carácter diferenciante de la propiedad agraria (obligación del propietario de cumplir la función social), sino enmarcado además dentro de la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho que rige a nuestro país, reconocido en el artículo 50 de la Constitución

Política, ha dispuesto a través de la Ley de Tierras y Colonización un procedimiento específico de adquisición de este derecho con el afán de promover el aumento gradual de la productividad de la tierra, para una justa distribución de su producto y a efectos de elevar la condición social del campesino, haciéndolo partícipe del desarrollo de la Nación (artículo 1 de la citada Ley).

4. La realización de la Función Económica, Social de la Propiedad en casos concretos.

Ahora bien, conviene preguntarse, cómo es que se cristaliza el cumplimiento de la función económica, social y ambiental en la jurisprudencia agraria. En esto, sin la menor duda los ejemplos sobrarían, porque la producción jurisprudencial es muy rica. En ello han contribuido mucho las interpretaciones del Tribunal Agrario que luego son acogidas por la Sala Primera de la Corte.

Entre otras, puede citarse la sentencia número 111-94, sobre la posesión agraria ad-usucapionem y la usucapión especial agraria (instituto sobre el cual ahondaremos más adelante), luego recogida por la Sala en la sentencia número 68 de 1994.

5. La defensa del Patrimonio Agrícola y Natural del Estado, consagrado en la Ley, y desarrollado en la Jurisprudencia.

En el artículo 7 de la Ley de Tierras, se regula la Propiedad Agrícola del Estado.

Una de las sentencia más completas sobre este tema, lo es la número 721 del año 2003, en la cual el Tribunal agrario redimensionó el cumplimiento de la función ambiental de la propiedad agraria (como parte de su función

económica y social), para tutelar intereses colectivos y difusos, al haberse reclamado la titularidad dominical sobre un terreno Patrimonio Natural del Estado.

También la aplicación del artículo 7 de la Ley de Tierras y Colonización, ha sido redimensionada por el Tribunal, al hablar de las limitaciones "agroambientales" contenidas en dicha norma, y que buscan la protección de las nacientes de agua que sirven de sustento a poblaciones rurales (Sentencia No. 770 de 1998).

6. El Contrato de adjudicación de Tierras como contrato constitutivo de empresa agraria. Derechos, obligaciones y limitaciones.

En los terrenos del IDA, es a éste a quien le corresponde definir, mediante el procedimiento respectivo, quiénes podrán ser beneficiarios, utilizando los criterios técnicos fijados por la Ley y el reglamento para la Selección de beneficiarios, de manera que no es posible declarar un mejor derecho de posesión, cuyo origen es ilícito, conforme al artículo 67 de la Ley de Tierras (Tribunal agrario, No. 954F-05).

El IDA es litisconsorte necesario, y debe ser traído como parte en todos los casos previstos en la Ley de Jurisdicción Agraria (ver sentencia 172-f-06) y en otras leyes especiales. En relación con la participación de esta entidad en los procesos agrarios el artículo 22 inciso c) de la Ley de Jurisdicción Agraria señala que es parte en todos aquellos asuntos o negocios que interese para el cumplimiento de la Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural. Originalmente era notificado de todos los procesos que se tramitaban en esta jurisdicción, por lo dispuesto en el artículo 3 inciso n) de su Ley de creación. Sin embargo posteriormente se establecieron los casos en

que debía ser parte indicándose se refería a las situaciones donde estaba de por medio propiedad agrícola del Estado, tal el caso de los terrenos sin inscribir, el caso de las informaciones posesorias, donde es parte obligada; cuando estaban de por medio contratos de adjudicación de tierras de esa entidad y por último cuando era propiamente demandada la Institución. Respecto de esos procesos el IDA puede participar en dos condiciones, como parte actora o demandada en sentido sustancial, por tener una relación jurídico-material con el objeto del proceso, o bien como parte interesada por estar en juego intereses generales del Estado o por derivarse de sus obligaciones, según ley de creación. En el presente asunto, a juicio del Tribunal, se ha producido una lamentable confusión en cuanto a las actuaciones del IDA y lo querido por las partes en relación con ella, pues como lo señala el recurrente debió tenerse en forma expresa como parte en sentido sustancial. Conviene sobre el punto, transcribir el criterio, que desde hace muchos años tiene este Tribunal y la Sala sobre el tema: "*Es evidente que mientras no hayan transcurrido las condiciones y limitaciones a que se refieren los artículos 67 y 68 de la Ley de Tierras y Colonización, los terrenos que han sido adjudicados por el Instituto de Desarrollo Agrario, no han pasado a ser propiedad exclusiva del beneficiario, pues el Instituto aún conserva su calidad de propietario formal del terreno. Es por ello que en todo proceso en donde se discuta mejor derecho de posesión (como en este caso), reivindicación o nulidad del contrato, respecto del inmueble adjudicado por el Instituto, éste deberá figurar como actor o demandado, pues se configura una relación jurídico material consustancial, y la sentencia que se dicte de alguna forma afectará los derechos del ente asignante. Así se estableció en la sentencia número 229-*

90 anteriormente citada de la Sala Primera de la Corte, que en lo que interesa expresó: “ XIV. A mayor abundamiento, si pudiera argumentarse que el Instituto hizo una venta del fundo, a título gratuito, y por ello no era necesario demandarlo, la limitación marcada como d” en la misma escritura establece un término de quince año, como ya se comentó anteriormente, al analizar el contrato de asignación de tierras, para que la beneficiaria adquiriera el dominio pleno del fundo, el cual no vence sino hasta el año mil novecientos ochenta y nueve, de donde tampoco por esta vía podría obviarse la litis consorcio pasiva necesaria. (Tribunal Superior Agrario, No 119 de las 14:35 de 9 de febrero de 1995).

En el voto 167-f-08, se estableció y reiteró la naturaleza jurídica del Contrato de asignación de tierras y se castigó al beneficiario por tener en estado de abandono su parcela incumplimiento con la función social de la propiedad agraria: **VII.- El Contrato de asignación de tierras es un contrato de duración, constitutivo de empresa agraria, en donde el ente estatal, en este caso el Instituto de Desarrollo Agrario, le adjudica parcelas a familias que no tienen tierra, para que la exploten personalmente y con su familia, quedando obligados a realizar labores agrarias durante un plazo de quince años. Durante ese período, no pueden abandonar la parcela injustificadamente, pues estarían incumpliendo con el destino económico y social para el cual se les adjudicó. De conformidad con lo establecido en el artículo 68 inciso 4, una de las causales de revocatoria y nulidad del contrato es el abandono injustificado de la parcela. Siendo que en este caso se constató dicho abandono injustificado en las actas de visitas de campo, (folio 2) y se les realizó la amonestación (folio 4). En consecuencia deberá confirmarse lo resuelto.**

7. Causas de revocatoria y nulidad derivadas del Contrato de asignación de tierras.

El incumplimiento de las obligaciones contempladas en los artículos 67 y 68 de la Ley de Tierras y Colonización, pueden provocar la revocatoria y nulidad del título del beneficiario, lo cual se incumple en muchas ocasiones y se procede a la venta ilegal (Tribunal agrario, No 777-f-05). En esos casos, la jurisprudencia ha indicado que se trata de contratos absolutamente nulos (Sala Primera, No. 76 del 15 de mayo de 1992, Tribunal Agrario No. 640 del 26 de setiembre de 1990).

Además no es posible admitir la embargabilidad de los bienes de la empresa agraria del parcelero, conforme al artículo 68 inciso 3) de la Ley, si el gravámen no ha sido expresamente consentido por el Instituto. Siendo que en esos casos cualquier gravámen, embargo o remate es absolutamente nulo si no se cuenta con dicha autorización. (Tribunal Agrario, No. 156 del 25 de marzo del 2004)

La revocatoria de la parcela no procedería, si no se ha garantizado un desarrollo rural sostenible:

“III.- La Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Agrario resolvió revocar la adjudicación de la parcela 9, por la causal de abandono injustificado de la misma.

IV.- El adjudicatario, recurrente, señala que se vulneran los artículos 1, 2, 3 4 y 5 de la Ley de Tierras y Colonización, y que se realizó una incorrecta valoración de la prueba ofrecida, pues afirma que sí se le da mantenimiento a la parcela. Afirma actualmente todos los parceleros han construido casas de habitación cerca de las parcelas para poder darles un

mantenimiento adecuado, afirma que nunca ha hecho abandono de la misma, sino que la mantiene personalmente y con la ayuda del testigo ofrecido. Manifiesta que no ha tenido una asesoría adecuada ni ayuda económica necesaria para el desarrollo de los fines de la citada Ley, que se les ha dejado en completo abandono, y se les exige producir de una manera muy rústica, siendo que debe dedicarse a otras labores para poder solventar las necesidades familiares.

V.- Lleva razón el recurrente en sus agravios. Si bien es cierto los artículos 67 y 68 de la Ley de Tierras y Colonización sancionan con revocar la parcela aquellos casos en los cuales el parcelero realice un abandono injustificado de la misma, en este caso no está demostrado dicho abandono. De la propia confesión del adjudicatario (folio 18) y del testigo ... (folio 19), se desprende que ha mantenido la parcela medianamente atendida y no está totalmente abandonada. En efecto, de la propia acta de inspección se desprende que existe un sector del cafetal con podas, un almacigo de unos trescientos metros, una plantación de yuca de unos setecientos metros, y se han cultivado árboles de eucalipto. Es decir, aún cuando el adjudicatario no ha contado con asesoría técnica o créditos agrarios, ha realizado un esfuerzo por tratar de cumplir la función social de la propiedad.

VI.- Por otra parte, debe indicarse que en la concepción moderna del desarrollo rural sostenible, debe tenerse una visión amplia de ese instrumento, en donde la misión del Estado, en este caso a través del Instituto de Desarrollo Agrario, no es solamente limitarse a entregar parcelas o granjas familiares, sino contribuir a un desarrollo integral de la comunidad, a través de obras de infraestructuras adecuadas para garantizar una vivienda digna y un estilo de vida

adecuado a las necesidades de los pobladores rurales. Por ello, los esfuerzos realizados por los parceleros, cuando carecen de medios económicos o de acceso al crédito agrario en condiciones favorables, no debe convertirse en una justificación para revocar la parcela, si no se les ha ofrecido las condiciones necesarias para el despliegue de su actividad económica. Y en este caso concreto el parcelero ha mostrado su interés en seguir manteniendo la parcela pues no ha hecho abandono de la misma, sino que ha realizado al menos una actividad de mantenimiento y producción mínima que demuestra su permanencia en el inmueble. T.A., No. 1095-F-06.

Uno de los criterios más recientes, del Tribunal agrario, ha sido favorable a admitir contratos asociativos, como la aparcería rural, para poder dar cumplimiento al ejercicio productivo de los terrenos adjudicados por el IDA, ante la falta de programas de desarrollo rural integral:

“VIII.- En este caso, si bien es evidente el abandono de la parcela y de la familia, realizado por .. (parcelero), no es posible concluir lo mismo para la señora...(parcelera), que pese haber quedado en estado de abandono con su familia, y haber intentado poner en varias ocasiones su fundo en condiciones productivas, no tuvo la suficiente capacidad financiera, ni apoyo del Estado, particularmente del Instituto de Desarrollo Agrario, para poder desarrollar una actividad agraria empresarial digna, que le pudiera dar sustento a ella y su familia. Al menos así se infiere del expediente. Si bien el Instituto de Desarrollo Agrario, presenta un informe sobre las supuestas actividades realizadas para ayudar a los parceleros..., el mismo es un informe unilateral, que no permite inferir colaboración a la señora.... Por el contrario, la ...(parcelera), al apersonarse por primera

vez al procedimiento administrativo, ha sido muy clara y objetiva en sus afirmaciones, en las cuales explica todos los esfuerzos que hizo junto a sus hijos, para poder sacarlos adelante. Las limitaciones financieras, y la falta de una política integral de desarrollo rural sostenible, en este caso, obligaron de algún modo a la señora ... a buscar un "partner" o socio empresarial, con el cual poder cumplir eficientemente la función económica y social de su parcela, poniéndola a producir y de esa manera obtener frutos para ella y para su familia. De ese modo, suscribe, ... un contrato de aparcería con el señor..., el cual denominaron "CONVENIO DE SOCIEDAD DE HECHO PARA LA SIEMBRA Y EXPLOTACIÓN DE TERRENO".... En virtud del cual, la primera ponía el "fundus instructus", es decir el fundo como instrumento de la producción, y el segundo los recursos financieros necesarios para poder desarrollar una actividad agraria que fuera más competitiva en el mercado nacional e internacional, como es la producción de Palma Aceitera. Ello les permite, después de varios años y de una larga inversión, bajo el modelo de empresa asociativa, como es la que se origina en un contrato de aparcería, obtener frutos de su empresa. **El Estado Social de Derecho, en virtud de sus disposiciones de carácter constitucional, debe garantizarle a la población rural un desarrollo rural integrado. No basta con entregar un título de propiedad, sino se generan las condiciones apropiadas para que los inmuebles sean realmente productivos. Además, debe analizarse las condiciones físicas, económicas y familiares de cada núcleo beneficiario, para poder brindar las condiciones de vida digna que exigen los postulados constitucionales y la normativa especial agraria. Desde esa perspectiva, los artículos 50, 69 y 74 de la Constitución Política, se han convertido en las normas-**

principios rectores de la política agraria costarricense. El Estado debe fomentar la producción sostenible, la explotación racional de la tierra, la repartición equitativa de sus productos, para hacer realizable la JUSTICIA SOCIAL. Por eso, justamente, el Derecho agrario es calificado como un derecho de equidad. Ahora bien, el contrato de asignación de tierras, instrumento jurídico contractual por excelencia del Instituto de Desarrollo Agrario, para realizar la función social de la propiedad, ciertamente origina una empresa agraria familiar. Obliga a trabajar al beneficiario, personalmente y con su familia, imponiéndole cierto tipo de limitaciones. Pero a su vez, la Ley de Tierras y Colonización privilegia el trabajo asociativo y cooperativo, en aras de que la propiedad de la tierra promueva el aumento gradual de la productividad y para una justa distribución de su producto, elevando la condición social del campesino y haciéndolo partícipe consiente del desarrollo económico-social de la Nación (artículos 1 y 2 de la Ley de Tierras y Colonización). El artículo 1 incisos 6, de la referida Ley, establece una fórmula importante, que debe ser analizada: "6) Determinar que la tierra no debe utilizarse para la explotación del trabajador agrícola. El Estado, por todos los medios a su alcance, estimulará la formación de cooperativas agrícolas para combinar la dignidad de la pequeña propiedad con la eficiencia de la gran empresa". Esta norma, sin duda alguna está relacionada también con otras formas contractuales, con las cuales es posible la realización de la función económica y social de la propiedad, y uno de esos instrumentos es el Contrato de Aparcería Rural, que en este caso concreto, evidentemente no es un instrumento de explotación del trabajador agrícola, sino que ha servido como un medio para reactivar una empresa agraria, tornarla productiva, y sacar un provecho económico eficientemente

y suficiente para garantizar la dignidad y el sustento de la señora ... y su familia, y también en provecho de su socio, ..., quien también evidentemente ha asumido riesgos empresariales importantes. T.A. 642-F-08.

Por otra parte, debe indicarse que del contrato de asignación de tierras, se deriva un régimen sucesorio especial, contemplado en el artículo 69 de la Ley de Tierras y Colonización, en relación con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Agraria, a fin de que si acaece la muerte del parcelero, continúe con la empresa y la actividad agraria el o los herederos idóneos (Sala Primera, No. 229 del 20 de julio de 1990)

8. La intervención del Estado en la solución de conflictos de posesión precaria de tierras. Su constitucionalidad. El agotamiento de la vía administrativa como mecanismo alternativo para el mantenimiento del orden social agrario.

Uno de los institutos más importantes regulados en la Ley de Tierras y Colonización, y cuya regulación y aplicación ha servido para mantener la paz social en el campo, y el cumplimiento de la función económica-social por parte del Estado, es el de la posesión precaria de tierras.

Se trata de un tipo especial de posesión agraria, caracterizada en el artículo 92.

En estos casos, cuando existe un conflicto de ocupación precaria, por más de un año, al artículo 94 de la Ley de Tierras establece claramente que previo al establecimiento de cualquier acción, sea civil o penal, deberá agotarse la vía administrativa, con el fin de que el Instituto establezca la declaratoria del conflicto, y busque una solución alterna al mismo.

Se trata de un requisito de admisibilidad de

la acción que debe cumplirse, sin el cual, no se estaría cumpliendo lo dispuesto en los artículos 45 y 50 de la Constitución Política.

Por eso, pese a la declaratoria de inconstitucionalidad, por parte de la Sala cuarta, del requisito de falta de agotamiento de la vía administrativa, en este caso, se da una solución apegada a la constitución.

Efectivamente, en el Voto 2008-01574 del 30 de enero del 2008, estableció: "Se evacúa la consulta judicial en el sentido que el artículo 94, párrafo segundo, de la Ley de Tierras y Colonizaciones y el artículo 44, inciso d), de la Ley de Jurisdicción Agraria, no son inconstitucionales toda vez, que prevé un medio de resolución alterno de conflictos y no un privilegio para el Instituto de Desarrollo Agrario. Corresponde al Juzgado consultante establecer si el reproche alegado es procedente y declarar lo que corresponda, conforme a Derecho".

9. La Usucapión Especial Agraria, una realidad viviente en nuestros tribunales agrarios.

El mismo artículo 92 de la Ley de Tierras, en relación con el 101, establecen el instituto de la Usucapión Especial Agraria, que nace justamente de la posesión precaria de tierras, cuando el poseedor ha cumplido 10 años de posesión pública, pacífica, ininterrumpida, por un estado de necesidad suya y de su familia, habiendo cumplido la función social de la propiedad, sobre un terreno inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público.

En estos casos la Ley autoriza al usucapiente, a inscribir como finca independiente, la finca que ha adquirido "ipso iure", con el paso del tiempo. Se trata de un derecho

consagrado por la Ley, que puede hacer valer el poseedor usucapiente, sea mediante el trámite de información posesoria (notificando al propietario registral), o en juicio ordinario, sea por acción o mediante la excepción de prescripción positiva. Igualmente, frente a una acción reivindicatoria podría contrademandar para exigir la usucapión.

Sobre este instituto viviente de la Ley de Tierras, el Tribunal agrario ha declarado, en varias resoluciones la usucapión especial agraria, entre otras en las sentencias 772-F-05, 732-F-06, 205-F-06, 927-F-06, 73-F-07.

Debe indicarse que la Sala Primera, en el voto 710-f-06, en el considerando VIII ha admitido la posesión originaria, regulada en la Ley de Informaciones Posesorias, y la posesión precaria de tierras, regulada en la Ley de Tierras y Colonización, lo cual es acorde con la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el voto 4587-97 del 5 de agosto de 1997, que es el mayor respaldo jurisprudencial y doctrinal de la usucapión especial agraria.

10. La vivienda rural, y los huertos familiares, como expresión de la obligación del Instituto de Desarrollo Agrario de promover un Desarrollo rural integral y sostenible.

En la sentencia 501-F-03, el Tribunal agrario revocó una resolución administrativa del IDA, al considerar no estaba cumplimiento con los fines previstos por la Ley:

“Lleva razón el recurrente. El Instituto de Desarrollo Agrario, como ente rector del desarrollo rural sostenible de nuestro país, debe garantizarle a los sujetos beneficiarios de la aplicación de la legislación agraria, las condiciones mínimas para que las

familias campesinas puedan alcanzar su pleno desarrollo. El desarrollo rural debe ser integral, y significar no solo la simple entrega de una parcela o de un lote, sino que debe ir más allá, para garantizarle a los agricultores condiciones mínimas de salud, vivienda digna, asistencia técnica, acceso al crédito, servicios rurales, agroambientales, etcétera. En este caso, es evidente que el Instituto no ha respetado los procedimientos administrativos, ni sus obligaciones que, como Ente de desarrollo rural tiene para garantizar a los beneficiarios el acceso a una vivienda digna. Su actuación resulta contradictoria con los fines y propósitos de la Ley de Tierras y Colonización y de la misma Ley de creación del Instituto de Desarrollo Agrario. Es claro que los adjudicatarios, en éste caso ... (los adjudicatarios) se preocuparon por el cuidado del inmueble, y si no habían ejercido actos posesorios efectivos es porque estaban gestionando, tanto la autorización del Instituto para gravar el lote, como la solicitud del Bono de la Vivienda digna, para construir su casa en el Proyecto Además, debieron defender su lote de invasiones de terceros, lo cual les impedía ejercer la posesión en el fundo.

Sobre este tema, del Desarrollo Rural Integral, el Tribunal ha señalado: V.- Por otra parte, debe indicarse que en la concepción moderna del desarrollo rural sostenible, debe tenerse una visión amplia de ese instrumento, en donde la misión del Estado, en este caso a través del Instituto de Desarrollo Agrario, no es solamente limitarse a entregar parcelas o granjas familiares, sino contribuir a un desarrollo integral de la comunidad, a través de obras de infraestructuras adecuadas para garantizar una vivienda digna y un estilo de vida adecuado a las necesidades de los pobladores rurales. Por ello, los esfuerzos realizados por los líderes comunales, y las Cooperativas de productores en este sentido,

para mejorar las obras de infraestructura, y obtener créditos de vivienda, son fundamentales para consolidar los proyectos de desarrollo rural. De ahí que resulte totalmente contradictoria la decisión del Instituto de Desarrollo Agrario en este caso, porque no se ajusta a los fines y propósitos de la legislación agraria. “(Tribunal Agrario, voto No. 261-F-05).

11. El arrendamiento agrario en terrenos del Estado, y la función del IDA.

En la sentencia 329-C-03, aún cuando se trató de resolver un conflicto de competencia, es importante hacer ver cómo puede orientarse la política del desarrollo rural hacia terrenos pequeños:

“En el caso particular el juzgador no se debe limitar solamente a constatar la medida de un inmueble para determinar la “agraredad” del conflicto sometido a su conocimiento, sino que debe analizar integralmente el caso, así como las pruebas aportadas, para establecer su naturaleza. En primer lugar, debe indicarse que el fundo en conflicto está dentro de la zona fronteriza con Panamá, la cual es una importante zona de desarrollo económico y rural. Además, es necesario considerar que dichas áreas, en su mayor parte son administradas por el Instituto de Desarrollo Agrario, que es el órgano estatal encargado de promover el desarrollo rural sostenible, no solo desde el punto de vista económico, sino también social y ambiental. En efecto, el Instituto, en sus programas de desarrollo agrario no sólo dota de parcelas productivas, con suficientes dimensiones para desarrollar una actividad agraria de tipo “empresarial”, sino que también procura el bienestar de la colectividad, y sobre todo de los beneficiarios, arrendatarios, poseedores, aparceros, entre otros, para que éstos gocen de las condiciones

mínimas de vida, para la subsistencia suya y de su familia. El desarrollo rural es visto en la actualidad desde un punto de vista integral, y por ello comprende también la calidad de vida, la vivienda digna, y el acceso a la tierra, ya sea mediante contratos de adjudicación, de arrendamiento, etcétera.

III.- En el caso de marras, es evidente que el Instituto de Desarrollo Agrario ha intervenido para conceder en arrendamiento el terreno objeto de esta litis (certificación de folios 1 a 69). Según lo indican los actores, que mide 1364 metros cuadrados, dicho terreno lo utilizan para satisfacer las necesidades propias y de su familia, y tienen algunos cultivos de subsistencia, lo que podría ser equiparado a una pequeña empresa agraria de autosubsistencia (véase que existen plantaciones de mamón chino, que es un producto comerciable), pues es evidente que el requisito de “economicidad” en este caso no puede aplicarse estrictamente como si se tratase de una empresa agraria productora de bienes para el mercado de consumo. Este tipo de conflictos no se deben excluir de la jurisdicción agraria, pues hay un interés social del Estado y hay un deber jurisdiccional de resolverlos de la mejor manera posible, a fin de garantizar ese desarrollo rural sostenible, a que aspira nuestra sociedad, tanto a nivel nacional, como regional. Además, la Ley de creación del Instituto de Desarrollo Agrario, y la Ley de Jurisdicción Agraria establecen claramente que este tipo de casos se tramitan en esta sede especializada, con la intervención del Instituto correspondiente, sea que éste intervenga como tercer interesado o como parte activa (litisconsorte, coadyuvante, etc.), pues le corresponde hacer valer en los procesos judiciales el interés propio, y garantizar los fines económicos y sociales que la Ley le manda.

12. Las nuevas dimensiones de la Justicia Agraria y del Derecho Agrario, y el rol del IDA en los retos del desarrollo rural sostenible, el agroambiente y la agroalimentación.

En el voto 572-C-05, el Tribunal recoge las nuevas interpretaciones entorno al desarrollo rural:

Con fundamento en lo anterior, considera el criterio de la mayoría de este Tribunal, el asunto debe ser del conocimiento de la jurisdicción agraria, toda vez que estamos en presencia de un título adjudicado por el Instituto de Desarrollo Agrario, y también frente a un terreno que si bien es de pequeñas dimensiones entra dentro de la óptica del desarrollo rural. Por otra parte, la empresa demandada tiene un título inscrito, sobre un inmueble de naturaleza de potreros, de dimensiones suficientemente grandes como para considerar el asunto entra dentro de la competencia de los tribunales agrarios, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2 inciso a) y 22 de la Ley de Jurisdicción Agraria, así como los numerales 1 y 156 de la Ley de Tierras y colonización, 2, 3 y 5 de la Ley de creación del Instituto de Desarrollo Agrario, que establecen como parte del desarrollo rural, la creación de zonas de titulación de tierras, a fin de garantizar el otorgamiento de título y la creación de viviendas rurales.

III.- En casos similares al presente, el Tribunal ha orientado la competencia agraria desde un criterio moderno de desarrollo rural sostenible. Al respecto se ha dicho: "...El Instituto de Desarrollo Agrario, como ente rector del desarrollo rural sostenible de nuestro país, debe garantizarle a los sujetos beneficiarios de la aplicación de la legislación agraria, las condiciones mínimas para que las familias campesinas puedan alcanzar su pleno desarrollo. El desarrollo rural debe ser

integral, y significar no solo la simple entrega de una parcela o de un lote, sino que debe ir más allá, para garantizarle a los agricultores condiciones mínimas de salud, vivienda digna, asistencia técnica, acceso al crédito, servicios rurales, agroambientales, etcétera..." (Voto N° 501-F-03). En otro caso se señaló: "II.- No lleva razón el a-quo. En el caso particular el juzgador no se debe limitar solamente a constatar la medida de un inmueble para determinar la "agrariedad" del conflicto sometido a su conocimiento, sino que debe analizar integralmente el caso, así como las pruebas aportadas, para establecer su naturaleza. En primer lugar, debe indicarse que el fundo en conflicto está dentro de la zona fronteriza con Panamá, la cual es una importante zona de desarrollo económico y rural. Además, es necesario considerar que dichas áreas, en su mayor parte son administradas por el Instituto de Desarrollo Agrario, que es el órgano estatal encargado de promover el desarrollo rural sostenible, no solo desde el punto de vista económico, sino también social y ambiental. En efecto, el Instituto, en sus programas de desarrollo agrario no sólo dota de parcelas productivas, con suficientes dimensiones para desarrollar una actividad agraria de tipo "empresarial", sino que también procura el bienestar de la colectividad, y sobre todo de los beneficiarios, arrendatarios, poseedores, aparceros, entre otros, para que éstos gocen de las condiciones mínimas de vida, para la subsistencia suya y de su familia. El desarrollo rural es visto en la actualidad desde un punto de vista integral, y por ello comprende también la calidad de vida, la vivienda digna, y el acceso a la tierra, ya sea mediante contratos de adjudicación, de arrendamiento, etcétera.

III.- En el caso de marras, es evidente que el Instituto de Desarrollo Agrario ha intervenido para conceder en arrendamiento el terreno objeto de esta litis (certificación de folios 1 a 69). Según lo indican los actores, que mide 1364 metros cuadrados, dicho terreno lo utilizan

para satisfacer las necesidades propias y de su familia, y tienen algunos cultivos de subsistencia, lo que podría ser equiparado a una pequeña empresa agraria de autosubsistencia (véase que existen plantaciones de mamón chino, que es un producto comerciable), pues es evidente que el requisito de "economicidad" en este caso no puede aplicarse estrictamente como si se tratase de una empresa agraria productora de bienes para el mercado de consumo. Este tipo de conflictos no se deben excluir de la jurisdicción agraria, pues hay un interés social del Estado y hay un deber jurisdiccional de resolverlos de la mejor manera posible, a fin de garantizar ese desarrollo rural sostenible, a que aspira nuestra sociedad, tanto a nivel nacional, como regional. Además, la Ley de creación del Instituto de Desarrollo Agrario, y la Ley de Jurisdicción Agraria establecen claramente que este tipo de casos se tramitan en esta sede especializada, con la intervención del Instituto correspondiente, sea que éste intervenga como tercer interesado o como parte activa (litisconsorte, coadyuvante, etc.), pues le corresponde hacer valer en los procesos judiciales el interés propio, y garantizar los fines económicos y sociales que la Ley le manda..."(Voto 320-C-03). Y en un caso más reciente se señaló: "...V.- Por otra parte, debe indicarse que en la concepción moderna del desarrollo rural sostenible, debe tenerse una visión amplia de ese instrumento, en donde la misión del Estado, en este caso a través del Instituto de Desarrollo Agrario, no es solamente limitarse a entregar parcelas o granjas familiares, sino contribuir a un desarrollo integral de la comunidad, a través de obras de infraestructuras adecuadas para garantizar una vivienda digna y un estilo de vida adecuado a las necesidades de los pobladores rurales. Por ello, los esfuerzos realizados por los líderes comunales, y las Cooperativas de productores en este sentido, para mejorar las obras de infraestructura, y obtener créditos de vivienda, son fundamentales

para consolidar los proyectos de desarrollo rural..." (Voto 261-F-05).

En recientes sentencias, como la 46-C-06, del Tribunal Agrario, reiterando varias anteriores se ha indicado en relación con estos nuevos retos de la jurisdicción y del Instituto:

"...La tendencia actual de la jurisdicción agraria, es la evolución de su competencia a todo lo relacionado con el derecho agroambiental, agroalimentario y al desarrollo rural sostenible, como nuevas dimensiones de la materia, originadas en los derechos humanos de la tercera generación, que están perfectamente contenidos en nuestra Constitución Política, especialmente, en los artículos 45, 46, 50 y 69, así como en todas las leyes agrarias, agroambientales, agroalimentarias así como todas las normas orientadas a promover el desarrollo rural sostenible. En efecto, solo para citar algunos ejemplos, la actual Ley de Biodiversidad No. 7788 del 30 de abril de 1998, le otorga competencia a la jurisdicción agraria (artículo 108), para conocer de todas las controversias relacionadas con la biodiversidad, cuando sea entre particulares. En esta misma normativa, el artículo 8 contempla la función económica, social y ambiental de la propiedad inmueble, y en diversas normas se regula todo lo relativo a los servicios ambientales (artículo 37 y siguientes), en consonancia con lo dispuesto por la Ley Forestal No. 7575 del 5 de febrero de 1996 y sus reformas. Ella contiene regulado todo el régimen relativo a los bosques y plantaciones forestales, sean estos públicos o privados, estableciendo reglas especiales para la regulación de las actividades privadas. Las leyes relativas al desarrollo rural sostenible del país, tales como Ley de Tierras y Colonización, Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria, entre otras, también contienen disposiciones relacionadas

con la planificación, el uso de los terrenos públicos y privados, a fin de que los mismos cumplan la función social de la propiedad, y presten servicios ambientales o rurales a las comunidades. Especialmente, la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos No. 7779 de 30 de abril de 1998, también contiene disposiciones sobre competencia favorable a la jurisdicción agraria en su artículo 56. Por otra parte, el tema del desarrollo rural sostenible es de especial importancia actual, dentro de una visión de apertura de los mercados, de inversión extranjera y de desarrollo de las zonas especialmente aptas para el agroturismo, el ecoturismo y el turismo rural, conceptos que hoy define la doctrina moderna como parte de una noción ampliada de la materia agraria. Estas actividades, tienen (sic) a revalorizar el medio rural, el ambiente, la cultura de los pueblos y comunidades rurales; especialmente, a revalorizar la función del territorio (y lógicamente, los terrenos privados ubicados en él), para que los visitantes de esas zonas se compenetren con el modo de vida, con las tradiciones, con el ambiente natural y rural. Todo ello es parte de la revalorización e importancia que estos fundos “agroambientales”, tienen no solo desde una óptica puramente económica (como sería la inversión), sino también desde una perspectiva empresarial orientada a promover el desarrollo rural sostenible del país, y promover la inversión a fin de lograr un mejor equilibrio social, económico y ambiental de las comunidades rurales. También el tema agroalimentario, ofrece una rica y muy dispersa legislación sobre la materia, contenida en normas no sólo constitucionales, para proteger la salud de los consumidores (artículo 46), sino en normas legales orientadas a promover la seguridad agroalimentaria interna, tales como la Ley del Consejo Nacional de la Producción, la legislación en materia de salud, de medidas sanitarias y fitosanitarias, así como los acuerdos

y tratados internacionales firmados en el marco de la Organización Mundial del Comercio, y del Sistema de Integración Económica, Social y Ambiental Centroamericana.

III.- Recientemente el Tribunal Agrario señaló las nuevas tendencias del Derecho agrario, lo cual incide en la competencia material de los Tribunales: “III.- Modernamente la especialidad de la agricultura como actividad involucra diferentes sectores de la economía, y entre ellos los llamados servicios de agricultura.... El Sector agropecuario está pasando por grandes transformaciones, derivadas de las nuevas políticas orientadas al desarrollo rural sostenible. La nueva legislación generada en Europa y Latinoamérica, se orienta a darle una visión de mayor amplitud a las actividades conexas (como la agroindustria y la comercialización de productos agrícolas) y los servicios (como el turismo rural, el agroturismo), y demás actividades servicios que puedan colaborar en el fortalecimiento del espacio y del mundo rural de la agricultura, a fin de favorecer la permanencia y la consolidación de las familias rurales y de los empresarios agrarios, en general, en las zonas rurales. Un ejemplo de esto último, en Europa, lo constituyen las profundas transformaciones de la política agrícola común y el tema de la multifuncionalidad en la agricultura. La Ley de Orientación agrícola francesa (de 1999) y la Ley de Orientación agrícola italiana (marzo del 2001), han ampliado el ámbito de lo agrario a muchas actividades conexas y de servicios rurales, creando figuras tales como los servicios rurales de proximidad, el turismo rural, el pescador turístico, equiparado al empresario agrario, con la reforma del artículo 2135 del Código Civil Italiano. IV.- Nuestro legislador agrario no ha estado ajeno a ésta problemática. Por el contrario, desde hace varias décadas, se viene impulsando en la legislación especial

agraria una visión amplia del agro, para darle cabida no solo a las actividades meramente productivas, sino también a las actividades conexas y de servicios. En efecto, la misma Ley de Fomento a la Producción agropecuaria, al indicar en su artículo 2 las actividades agrarias comprendidas en dicha Ley, enumera tanto actividades principales, como actividades conexas y auxiliares, comprendiéndose dentro de éstas últimas, las que realizan las empresas de servicio en la agricultura mecanizada (art. 2), y al definirse la actividad agroindustrial, se hace referencia a las empresas que utilicen, como insumos productos agrícolas (art. 28)”. (Ver Voto N° 217-C-03 de las 14:20 horas del 24 de abril del 2003).

En relación con el agroturismo y el turismo rural, desde hace algún tiempo con un criterio reiterado por la sentencia 155-F-08 del Tribunal Agrario, se indicó: **VII.-** El Derecho Agrario moderno protege no solamente las actividades esencialmente agrarias de producción o cría de animales o vegetales, o sus actividades conexas, sino que ha evolucionado de conformidad con las exigencias económicas y sociales derivadas de un desarrollo rural sostenible. Desde esa perspectiva, se ha comenzado a reconocer, también, la importancia de los proyectos de agroturismo o ecoturismo, actividades que son consideradas en los ordenamientos jurídicos modernos como esencialmente agrarias. Hace una década, el Tribunal Agrario ha venido asentando criterios importantes en relación con éste tema, al reconocer la importancia del agroturismo: “IV.- A mayor abundamiento, y sólo para ilustrar el criterio del Tribunal, hoy día el empresario agrario trata de obtener mejores réditos con la actividad que se ha denominado “agroturismo”. Se trata de una nueva manifestación de la disciplina, la cual se encuentra en constante expansión. El

agroturismo es una actividad conexas a las esencialmente agrarias de cría de animales y cultivo de vegetales. El empresario, sin necesidad de llevar su producción al mercado, aprovecha las estructuras haciéndolas para dar hospitalidad o alojamiento a los turistas, y ofrecerles los productos –vegetales o animales- obtenidos en su propia hacienda, haciéndolo partícipe incluso, muchas veces, de la misma actividad agraria, ya sea a través de la recolección de los productos y otros, como una contraprestación a la hospitalidad recibida. La experiencia del fenómeno agroturístico en países como Italia, Francia y España, y su impacto económico en las empresas agrarias, es sin duda una actividad ventajosa para los agricultores con el fin de aumentar sus ganancias. El ejercicio de su actividad agraria principal se ve fortalecida con la actividad del agroturismo. La actividad agroturística reúne nuestras dos riquezas principales, por un lado la actividad agrícola y, por otro, la actividad turística y por ello requieren tutela dentro de la jurisdicción agraria, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de conexidad, y sean realizadas por el mismo empresario en el ejercicio normal de su actividad agraria. En síntesis, el destino agroturístico del fundo, no resta la calificación como agrario al mismo, ni priva al empresario que la ejercita de ser calificado como agrario. En este caso, a manera de ejemplo, podría ser que quien ostente el poder de gestión sobre la empresa agraria, decida ejercitar ese tipo de actividades conexas, por ser un sitio de afluencia turística”. (Tribunal Agrario voto N° 43, de las 14:05 horas del 19 de enero de 1995). Hoy, más que nunca, debe dársele valor a las actividades agroecoturísticas en nuestro país, que se ha caracterizado por tener una vocación para este tipo de actividades que fomentan el desarrollo económico y social de las regiones rurales.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS AGRONEGOCIOS

Lic. Álvaro Meza Lararus

Agronegocios o Agribusiness es un término que se ha utilizado en su acepción más amplia haciendo referencia a lo que se relaciona con los diversos negocios que intervienen en la producción agrícola, incluyendo los contratos de arrendamiento de fundos agrarios o de bienes muebles necesarios para la producción agrícola, los de suministro de semillas, de agroquímicos, maquinaria agrícola y contratos de provisión de dicha maquinaria o alquiler tipo leasing, venta y distribución de productos agrícolas, procesamiento, marketing agrícola y venta de excedentes de productos agrícolas.

En general agronegocio o Agribusiness es un término lingüístico que une dos conceptos, agricultura y negocios resumidos en todo lo referido a la llamada industria alimenticia agrícola.

Algunos consideran que el concepto de agribusiness o agronegocios excluye la integración vertical de la agricultura con la industria, como parte de del concepto, considerando que por excepción todo lo referido a la industrialización agrícola no forma parte del concepto de agribusiness conformando una categoría aparte la integración vertical mientras que otros consideran que es un término que comprende e incluye también los contratos que se dan entre la agricultura y la industria y la agricultura y el comercio.

Otros, por el contrario, aderezan el concepto con la idea de agricultura a gran escala, integración vertical en agricultura y contraponiendo este

tipo de agricultura, a la que se le asigna una connotación de agricultura corporativa, con la agricultura tradicional familiar.

Los anglosajones básicamente relacionan el concepto de Agribusiness con el de la llamada industria agrícola, industria alimentaria o agricultura a gran escala, *food industry*, es el concepto general para ellos. Agribusiness comprende entonces comprende por ellos todo lo referido a las actividades y disciplinas que se manifiestan en la moderna producción de alimentos.

Participo de la idea de que el concepto de Agribusiness o agronegocios es un concepto general, que no solo abarca la llamada integración vertical sino que también todos los negocios que se relacionan con la producción agrícola. Es el concepto vivo de los contratos agrarios que regulan las relaciones contractuales de la agricultura de los siglos veinte y veintiuno.

Creemos que este nuevo concepto, nos remite a aquellas ideas que habían sido sostenidas por Giancastone Bolla, cuando exigía que el derecho agrario debía estudiarse multidisciplinariamente incorporado la economía, la sociología y otras ciencias. Este concepto involucra la idea de los contratos agrarios desde la perspectiva de la economía global, en la cual se incorpora la moderna tecnología de producción, pero en la cual el derecho no solo la verifica sino que también trata de regularla.

Los agronegocios podrían ser considerados como una parte de los contratos agrarios o parte de los negocios jurídicos agrarios, sin embargo se justifica, a mi criterio, un estudio jurídico de este tipo de contratos a efectos de escudriñar los mismos tratando de determinar si es posible el análisis de su estructura y si es posible establecer una teoría general sobre los mismos.

Esta inquietud de su tratamiento por separado se justifica en el tanto, se ha repetido constantemente: el derecho agrario anterior a la segunda mitad del siglo 20 era un derecho agrario que contractualmente era visto como un derecho agrario cercano al concepto de los derechos reales y al fundo, en el cual el arrendamiento agrario y otras formas de procurar el uso y disfrute de la tierra era lo más importante, desarrollándose las otras contrataciones por la normativa civil o por una normativa agraria inspirada en principios de reforma agraria.

En otras palabras se requiere analizar el concepto tratando de determinar si es posible una teoría jurídica que vaya más allá de señalar algunas consideraciones, que para el suscrito, más allá de ser jurídicas, corresponden al objeto del estudio, es decir más propias de la economía.

La novedad del tema de los agronegocios me remite al momento en que se trato el tema de los contratos agrarios. En ese momento la doctrina iusagraria inició el estudio del tema buscando las diferencias del contrato agrario con los contratos civiles y mercantiles. En ese sentido, la doctrina determinó que una de las características fundamentales más destacable, en ese momento, del contrato agrario, era la limitación a la autonomía de la voluntad. Cuando el suscrito analizó el tema, inicié mi estudio preguntándome si se podía hablar de

negocios agrarios y si se requería una teoría propia del negocio jurídico agrario diferente de la teoría del negocio jurídico general, terminando por aceptar que no era necesario elaborar una teoría del negocio jurídico agrario diferente a la teoría del negocio jurídico. Este tema debe ser analizado, por más obvio que parezca, en el tanto quizás se puedan encontrar algunas características particulares que permitan encontrar principios particulares, conforme el maestro Carroza lo reclamaba cuando analizó el derecho agrario a través de la teoría de los institutos, que yo considero más bien un método en lugar de una teoría.

De esa misma manera, así como el estudio sobre los contratos agrarios, concluyó en que, al igual que la propiedad y la posesión, no se podía hablar del contrato agrario sino de los contratos agrarios. Se habló pues de contratos agrarios dado que, para ese instituto, no se podía encontrar un concepto único para todo los tipos de contratos agrarios que existían, sobre todo porque todos los contratos que debían regularse en materia agraria tenían una estructura muy diferente entre sí (incluyendo una naturaleza jurídica contractual pero diferente en cuanto a su regulación siendo a veces privada, a veces mixta, privada y pública).

Confirmando lo anterior, basta tomar como ejemplo los contratos de asignación de tierras, los contratos agroindustriales, los contratos de suministro, los contratos asociativos, los contratos fundiarios, agroindustriales en contraste con los de compraventa, de suministro etc.

Siguiendo esa línea de pensamientos en relación al tema de los agronegocios considero que los mismos son parte del concepto de negocio jurídico y especialmente del concepto de contratos agrarios. Por lo anterior no tiene

relevancia hablar de los contratos agrarios como contratos para el ejercicio o la constitución de una empresa agraria, salvo en lo que se refiere a determinación de competencia, lo más importante es identificar una serie de contratos que serán considerados como agrarios por su relación con la producción agrícola y clasificar los agronegocios con base primeramente en los conceptos del derecho romano (al estilo de los post glosadores como nos refería Zeledón cuando nos habló de Rudolph Von Ihering y Federico Carlos Savigny) y luego a los criterios mercantiles o civiles en los cuales generó, o degeneró, el concepto romano, a efectos de analizar las implicaciones de cada contrato desde el punto de vista de los efectos del mismo, en sus vicisitudes, sea en su formación, ejecución y terminación normal o anormal., tomando en cuenta, aquello de lo que nos hablo la profesora Nancy Malanos cuando se refirió al concepto de cadenas de valor que pone en su real posición a la agricultura como creadora de valores económicamente hablando.

Para hablar de agronegocios en la actualidad y justificar la no utilización del termino contratos agrarios debemos necesariamente referirnos a una agricultura que va de escala media a gran escala, siendo diversos los contratos que podemos relacionar. Algunos de esos agronegocios serán los que antes fueron considerados meramente mercantiles y otros que fueron siempre considerados como civiles y, o agrarios desde un inicio, pero que ahora se relacionan con el hecho técnico de la agricultura y con una serie de disciplinas económicas, sociales y de derecho internacional tanto privado como público.

Dentro de los agronegocios identifiqué contratos que eran vistos en el derecho agrario anterior a la segunda parte del siglo veinte como mercantiles pero que hoy son parte de una

nueva base de contratos, incorporados a un nuevo derecho empresarial y que se tienen como agrarios en virtud del fuero de atracción que ha identificado al derecho agrario con relación al resto de otras ramas del derecho, con excepción de la administrativa, en virtud de que intervienen en dichas relaciones al menos un empresario agrícola.

No estamos señalando que no pueden haber negocios meramente agrarios o que los contratos agrarios tradicionales vayan a desaparecer pero evidentemente estos contratos tienen que estar amparados por normativas que caracterizan tales relaciones como de interés público y deben estar amparados en ley y normalmente referidos a empresas agrarias de reforma, transformación o interés público. Destaco aquí que por una parte hablamos de negocios agrarios y por otra de agro negocios, es decir, tómesese, en cuenta que el orden del término agrario (desde la perspectiva jurídica), tiene su razón de ser.

De conformidad con la anterior consideración, los agronegocios, tal y como lo ha expresado la profesora Watanabe cuando realizó un estudio muy particular y completo sobre los contratos agroindustriales y la integración vertical, son negocios que pueden ser regulados desde tres modos: por medio de reglamento privado, regulaciones estatales (leyes o reglamentos) o por acuerdos profesionales.

En Costa Rica y para demostrar ese carácter particular de los agibusiness, regulados mediante acuerdos interprofesionales que generaron una ley, esta el contrato agroindustrial de la caña de azúcar que generó la Ley de Regulación De Las Relaciones Entre Los Productores De Caña De Azúcar Y Los Ingenios, Ley Orgánica de la Agricultura e Industria de la caña de

azúcar, o la ley que reguló las relaciones entre productores, beneficiadores y torrefactores de café, Ley Reguladora de las Relaciones entre productores beneficiadores y exportadores de café, como ejemplos.

A efectos de no caer en repeticiones me referiré a los agronegocios privados, aquellos que podríamos llamar provienen de la actividad económica agraria, realizada por los particulares quienes procuran productos agrícolas para la exportación o para la venta a nivel nacional a gran escala.

Estos agronegocios, que pueden ser muy diversos, pueden estar regulados por varias normas, algunas a nivel nacional y otras a nivel internacional o transnacional, algunas bajo normas nacionales e internacionales. En otras palabras, y a manera de ejemplo, deben ser incorporadas a los contratos ciertos principios de compraventa internacional regulados en convenciones sobre compraventa, y principios que provienen de convenciones sobre medio ambiente y seguridad alimentaria y leyes o convenios de protección al consumidor.

Algunos de estos contratos son atípicos y algunos, pocos, típicos sobre todo aquellos en los cuales se realizaron acuerdos interprofesionales o normativa aprobada por el Estado. En todos los casos existe un elemento en común que es el hecho técnico de la agricultura el cual no solo comprende la producción sino también la forma de producción y la protección al consumidor y el ambiente.

En los agronegocios existen diversidad de contratos, en todos ellos las partes deben regular una diversidad de situaciones desde las relacionadas con la producción misma, la

industrialización, la distribución, la obtención de la materia prima, el apoyo tecnológico, el pago del precio etc.

En estos momentos puede decirse que los agraristas deben tener conocimiento no solo en el derecho agrario sino también del derecho mercantil y administrativo, deben tener cierto conocimiento de derecho internacional, convenciones, normativas fitosanitarias, igualmente se requiere cierto conocimiento en la producción, industrialización y comercialización de los productos sobre los cuales se va a contratar. En otras palabras se exige un conocimiento multidisciplinario. Es claro que, no se debe llamar a error, **no se exige un conocimiento pleno de todo lo que no es jurídico pero si un conocimiento mínimo a efectos de determinar los grandes temas de regulación**

El contrato debe ser regulado de la manera más exacta y completa, deben cuidarse las palabras y los términos. No podemos concebir a un abogado regulando un contrato de agroindustria entre un productor de naranja y un industrializador si no toma en cuenta al menos un mínimo conocimiento de la producción de naranja, la variedad de naranjas, el momento de cosecha, el porcentaje de azúcares que debe alcanzar el fruto a efectos de la venta de la naranja para ser vendida el jugo de naranja concentrado en el mercado. Debe conocer en que consisten y como se regulan los precios de mercado internacional, el mercado de futuros, el Cotton Exchange etc.

También deben tomarse en cuenta las medidas fitosanitarias que se exigen en los diferentes mercados, la composición de los químicos que se emplean en la producción y sus consecuencias etc.

Estas consideraciones son relevantes en el tanto en los agonegocios se realizan manifestaciones de hechos que son importantes para la negociación y que contienen una garantía que se otorga a la contraparte. En el derecho anglosajón esto es conocido como REPRESENTATION AND WARRANTIES y prácticamente son la columna vertebral de un contrato dado que

determinan no solo el incumplimiento sino la gravedad del mismo.

Como se ve el tema es interesante y no sea agota en lo agrario ni en lo jurídico, es multidisciplinario e incluye temas de ejecutividad, economicidad y tecnología son nuevos requerimientos exigidos en los agribusiness.

DE REFORMAS Y CONTRAREFORMAS: EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS COMETIDOS EN FLAGRANCIA

M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón

El Código Procesal Penal cumplió, en enero de 2008, diez años de estar vigente. La oportunidad era propicia para que las autoridades penales del país efectuarán un análisis concienzudo de los logros y de las deficiencias que ese articulado, como todo hacer humano, presentaba, sobre todo porque con él se pretendió modificar un modelo fundamentalmente inquisitivo, en que la investigación de los hechos delictivos estaba a cargo de los jueces y juezas de instrucción, para trasladarla al Ministerio Público. Ante ello, la pretensión legislativa de que los procesos se tramitaran expeditamente (para lo que se idearon plazos de prisión preventiva, de prescripción de la acción penal, de conclusión de la investigación, etc.) chocó contra la realidad caracterizada porque la cantidad de asuntos desbordó a un Ministerio Público que no estaba preparado para asumir las que eran sus funciones típicas.

Los estudios y las jornadas de reflexión no se efectuaron. Sin embargo, ha sido un secreto a voces al menos que la etapa intermedia no estaba cumpliendo la función de filtro para la que originalmente estaba diseñada, lo que permitía que todas las causas en las que las partes no

encontraban salidas alternas o mecanismos aceleratorios llegaran a juicio y para dicho acto procesal se aceptara prácticamente la totalidad de la prueba ofrecida, lo que generó juicios más extensos de los que antes existían. Eso hizo, su vez, que el sistema respondiera, por igual, a todo tipo de procesos salvo, claro está, los de tramitación compleja en que los plazos eran aún mayores, lo que no sucedía en el modelo anterior en que existían dos diseños procesales según la dificultad de las causas.

Es decir, resultaba notorio que causas sencillas en que, además, el imputado estaba detenido, terminaban con solicitud de prórroga de la prisión preventiva más allá del año ordinario, lo que alertaba a que algo no estaba bien. La creación de la Unidad de Trámite Rápido del Ministerio Público y la reforma a la legislación para introducir más causales de interrupción de la prescripción de la acción penal, fueron algunas de las respuestas que se ensayaron.¹ Sin embargo, llegados los procesos a la fase de juicio, nuevamente se trataban con iguales parámetros, sin importar la sencillez del hecho, el tiempo de detención, la presencia de personas menores de edad, ancianas, con discapacidad, etc.. Se empezó

¹ Lo que es importante rescatarlo cuando se discute la “paternidad” de la figura del juzgamiento de flagrancia ante los “logros” (numéricos) obtenidos (cfr: acta de Corte Plena 02-2009), autoría intelectual de la figura que probablemente se abdiqúe cuando de su diseño surga alguna responsabilidad estatal en foros internacionales. Sin embargo, los esfuerzos serios y sostenidos por acelerar los tiempos de duración de las causas penales se originan, sin poses, mucho tiempo antes del galopante populismo que nos embarga.

a echar de menos el procedimiento previsto en el derogado Código de Procedimientos Penales denominado de «Citación Directa» que también había sido pervertido por la lógica inquisitiva y que tuvo que ser rescatado, al final de la vida de esa normativa, por un equipo que se desplazó a diversas partes del país para ajustar la práctica a las normas y no torcer estas bajo la lógica burocrática predominante. Los resultados de aquel programa fueron ampliamente destacados en su momento y justo cuando el proyecto estaba dando sus mejores frutos la legislación cambió.

Por supuesto que los tiempos de duración del proceso penal redundan en una denegación de justicia y en un incumplimiento del principio de justicia pronta y cumplida establecido en el artículo 41 constitucional pues generan problemas tanto para las víctimas como para imputados. Las primeras se ven expuestas a amenazas, pierden interés en los procesos, se trasladan de domicilios y no son localizadas ni lo son sus testigos, olvidan o mueren, por lo que el hecho no puede dirimirse por el fondo sino que se dan respuestas meramente formales. A los imputados la duración de la causa les afecta pues, a la espera de que el asunto llegue a juicio, ven menoscabados sus derechos fundamentales a través no sólo de la misma “pena de banquillo” sino también de la imposición de medidas cautelares de toda índole, incluyendo la privación de libertad a través de la prisión preventiva. Si la causa concluye, por las razones ya apuntadas, con sentencias absolutorias aquella privación de un derecho fundamental no encuentra reparación pues una buena parte de dichas exenciones de responsabilidad lo son por duda ante el desinterés por aportar la prueba, lo que exime al Estado de indemnizar. Si se dicta sentencia condenatoria, el tiempo de detención cautelar impidió que se accediera a algunos beneficios

penitenciarios. Ello permite concluir que tanto imputados como víctimas tienen derecho a que su proceso se resuelva en un plazo razonable y, por tal situación, es inconcebible que el Estado estandarice la forma de abordar todas las causas, pues ello se traduce en una denegación al acceso a la justicia.

Desde esta perspectiva, el que se acelere el juzgamiento de los procesos, lejos de constituir un quebranto constitucional tiende, en general, a dar cumplimiento a normas de dicho rango salvo que el diseño legislativo se haga de tal modo que la prontitud del juzgamiento implique una afectación a la calidad de dicha justicia. Por ello me parece adecuado que el Poder Judicial, a través de sus diversos operadores (Ministerio Público, policía judicial, judicatura, defensa pública), tenga respuestas diferenciadas para los diversos tipos de hechos delictivos que se cometan. No es posible que hechos de diversa gravedad y de diversa intensidad investigativa tengan la misma respuesta procesal, sobre todo en duración de los procesos, pues ello se traduce en un trato igual ante situaciones desiguales, ergo discriminatorio para imputados y víctimas que tienen un derecho constitucional a la justicia pronta y cumplida. Pero, como indicara, el precepto constitucional exige el equilibrio entre ambos factores y no la celeridad en sí misma considerada.

No obstante, el diseño de este proceso me parece que no surge de la mano de esas consideraciones sino ante la necesidad de dar algún tipo de respuesta a las constantes campañas en los medios de comunicación para que se aplicara mano dura en el combate contra la criminalidad. En ese contexto, se integra una comisión interinstitucional que firma un convenio, en que participan los tres poderes del Estado, para “atacar” el problema.

El Poder Judicial crea un programa interno para el juzgamiento de delitos en flagrancia y luego participa en la elaboración de un paquete de proyectos de ley que se tramitan en la Asamblea Legislativa en la “*Comisión especial de Seguridad Ciudadana*”, trabajo que luego se culmina en la Comisión de Asuntos Jurídicos.² En ese marco surge tanto el modelo administrativo como el diseño legal, actualmente vigente, para el juzgamiento en flagrancia que, en consecuencia, alude a **dos** procedimientos distintos: uno creado

por las autoridades del Poder Judicial y otro, con características diferentes, definido por la Asamblea Legislativa aunque también con la colaboración del Poder Judicial.

Por ello se tratarán de modo diferenciado. Empero, a mi juicio ambos, relativizan o flexibilizan garantías, en perjuicio no sólo de las personas acusadas sino del mismísimo Estado de Derecho, aún cuando ni la Sala Tercera³ ni la Sala Constitucional,⁴ integrantes del Poder Judicial, lo vean así.

-
- 2 El que la elaboración del procedimiento, inicialmente administrativo y luego legal, haya estado a cargo de jueces y juezas de la más alta jerarquía a más de violentar, a mi juicio, la división de funciones establecida en el numeral 9 de la Carta Magna, podría comprometer la imparcialidad de aquellos (o implicaría, a lo menos, un adelanto de criterio ajeno a funciones «académicas») cuando en el seno de los órganos que representan se discuta, jurisdiccionalmente, la eventual afectación de los principios de juez legal o natural, imparcialidad, derecho de defensa, etc. en el modelo por ellos creado. Es obvio que quien elabora un texto legal lo hace pensando que cumple todos los estándares de lo que su visión de mundo le señala como el contenido del debido proceso por lo que difícilmente aceptará que se cuestione. En las sesiones de Corte Plena en que se discutió el tema del procedimiento administrativo de flagrancia participaron magistrados/as de la Sala Tercera (encargada de aplicar la normativa) y de la Constitucional (encargada de definir su constitucionalidad), aunque no todos/as votaron. Así en las actas de las sesiones de Corte Plena 28-08 (en que se crea el procedimiento administrativo de flagrancia y se cambia la competencia territorial al Segundo Circuito) estuvieron presentes todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Calzada, Vargas y Armijo de la Constitucional. En la 33-08 (en que se discute el primer texto legislativo que da pie a la actual normativa) estuvieron presentes los cinco magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Jinesta y Cruz, de la Sala Constitucional. En la sesión en que se abordó el proyecto de ley que dio origen a la ley (acta 02-09) participaron activamente en la discusión todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora y Cruz de la Sala Constitucional, aunque no siempre votaron. También hubo presencia, aunque no siempre votación, de magistrados de ambas salas en la sesión de Corte Plena 14-09 en que se discutieron reformas reglamentarias luego de estar vigente la ley.
 - 3 Mediante voto N° 1066-2009, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia analizó y avaló el procedimiento de flagrancia. A la fecha de elaboración de este ensayo el voto integral no podía ser consultado por lo que se ignora si alude al diseño legal o al administrativo. En todo caso, ambos recibieron su aporte de los titulares de ese órgano, lo que hace cuestionable el pronunciamiento jurisdiccional.
 - 4 La Sala Constitucional, mediante voto N° 11099-2009 declaró que no resulta inconstitucional el citado procedimiento de cara a los principios de imparcialidad y derecho al recurso, sin que se abordaran otros temas.

A. EL PROCESO DE FLAGRANCIA DEFINIDO POR EL PODER JUDICIAL

En las sesiones de Corte Plena N° 28-08⁵ y N° 33-08⁶ se discutió y aprobó el primer diseño de procedimiento de flagrancia como “Plan Piloto” para San José.⁷ En este caso, se cumplía básicamente con la legislación vigente; simplemente se trató de que en casos de flagrancia⁸ la defensa renunciara a plazos. No obstante, se incorporó una norma según la cual se creaba un tribunal de flagrancia en el Segundo Circuito Judicial de San José para atender todos los procesos de esa naturaleza que se dieran tanto en ese circuito como en el primero y tercero. Trabajaría por turnos, las veinticuatro horas del día. El punto

discutible de ello estaba dado porque, por norma administrativa, se estaba modificando la competencia territorial, fijada legalmente, para los casos sucedidos en el Primer y Tercer Circuito Judicial de San José lo que, a mi juicio, representa una violación al principio de juez legal o natural.⁹ Hay que tener presente que los artículos 35 y 39 de la Carta Magna aluden a que el juzgamiento penal de una persona sólo puede hacerse por “autoridad competente” y ésta es aquella que, territorial, por materia, por grado, funcional u objetivamente debe decidir el caso, reglas todas que deben fijarse **por ley** con **antelación** a ese asunto en particular.¹⁰

Aunque los alcances de aquel principio tradicionalmente se han circunscrito a la

- 5 Artículo XV en que se aprueba el *Reglamento de organización y competencias de los funcionarios penales de San José a cargo del trámite de delitos y contravenciones y flagrancia*; el *Reglamento y protocolos de actuación (delitos en flagrancia)* y las *Reglas de procedimiento a seguir en el trámite de las contravenciones en flagrancia*. En esa oportunidad se dijo que “...los cuatro documentos ha sido conocidos y discutidos en la Sala y son entonces una propuesta que hemos visto en ese seno en primer lugar” reconocimiento que implicaría que, ante el cuestionamiento jurisdiccional del procedimiento, sus autores deban inhibirse de conocer el alegato pues es previsible lo que resolverían. Igual cabría decir respecto a la actuación del Magistrado Mora quien indicó: “...a mí me parece que no existe ningún inconveniente legal para eso” refiriéndose al traslado de competencias territoriales a Goicoechea y a la propuesta general. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora; Rivas, Solís, León, González, Escoto, Aguirre, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Calzada, Vargas, Armijo, Vega, Varela, Jinesta, Camacho, Bogantes y González Quiroga. No consta la votación o que alguno se abstuviera.
- 6 Artículo XV. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora, Rivas, Solís, Escoto, González, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Armijo, Cruz, Jinesta, Bresciani y Bogantes. Se reconoce allí que la Sala Tercera redactó un texto base –que sufrió modificaciones en la Asamblea Legislativa referente al juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia.
- 7 El “Plan Piloto”, por definición, es una prueba sujeta a ensayo y error en que se selecciona, al azar, un determinado lugar para implementar una medida y luego medir resultados. Es cuestionable dicho plan de cara al principio constitucional de igualdad ante la ley, así como al hecho de que se ‘experimente’ procesalmente, lo que puede tener consecuencias jurídicas para las partes.
- 8 Las únicas referencias a la flagrancia están en los artículos 235 inciso a), 236 y 393 del Código Procesal Penal y aluden a la aprehensión o detención.
- 9 Así lo indiqué en el voto salvado emitido en el Tribunal de Casación Penal de San José, votos N° 2009-294.
- 10 En el mismo sentido los votos de la Sala Constitucional N° 2000-10822, N° 1739-92, N° 1422-95, N° 6701-93, N° 6992-96, N° 8738-97 y N° 2491-96, entre otros, así como también los numerales 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...*”); el destacado no es del original) y XXVI.II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre (sic) («... *Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas...*” el destacado no es del original).

prohibición de ser juzgado por un/a juez/a específicamente designado/a para el conflicto o por un órgano ajeno al Poder Judicial (tribunales de excepción o *ad hoc*) luego se amplió su contenido a la necesaria **preexistencia legal del órgano jurisdiccional respecto a la comisión del hecho** (prohibición de tribunales *ex post facto*), ampliación esa que se da a

través de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, en cuanto amplíen el catálogo de derechos humanos, tienen rango igual o superior a la Constitución Política.¹¹ La necesidad de que los tribunales sean creados por **ley previa a la comisión de los hechos** ha sido aceptada, en forma prácticamente unánime, por la doctrina más autorizada.¹² Según ese

11 Así lo disponen los artículos 7 de la Constitución Política, 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los votos N° 3435-92, N° 2313-95, N° 1319-97, N° 4356-98 y N° 6830-98 de la Sala Constitucional.

12 A modo de ejemplo: “Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso)... Nuestra Constitución (...) se preocupa por establecer la vigencia temporal de las leyes que atribuyen competencia a los tribunales (...) nuestra constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable, **la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento (...) impidiendo que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso** (...) La regla es clara: en principio, determina, positivamente, que el único tribunal competente para el juicio es aquél designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término, cancela el efecto retroactivo que se pudiera pensar o que el legislador pudiera atribuirle a una ley de competencia. **Las leyes de competencia, entonces, sólo rigen para el futuro** (...) esto es, **para hechos punibles cometidos con posterioridad a que entren en vigor**, y no pueden ser aplicadas para determinar la competencia de los tribunales respecto de hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, ni por supuesto, a causas pendientes, otorgándoles efecto retroactivo” MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, tomo I, volumen B, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 487-489, 491-492; “El principio garantiza que nadie será juzgado (**en ninguna instancia**) por organismos jurisdiccionales creados (...) después de que la presunta infracción haya sido cometida (...) **Hace también a la esencia del principio de juez natural que el caso permanezca bajo su órbita, que no sea sustraído de su competencia por una ley posterior**» CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Centro de Estudios legales y sociales, editores del Puerto, 2000, p. 95 (el destacado no es del original); “Este derecho fundamental procesal debe proteger al inculcado ante una manipulación de la competencia judicial (...) La prohibición no se dirige sólo a la Administración, sino también al legislador...” TIEDEMANN, Klaus. «El derecho procesal penal». En: AAVV. *Introducción al derecho penal y al derecho procesal*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 164; “Un tribunal de excepción, sin embargo, podría ser creado en la órbita del Poder Judicial (...) Ello sucedería si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa, para atribuírsela a otro tribunal elegido o creado por una nueva ley” MAIER, Julio. *Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos*. Editores del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1996, pp. 767 y 769; “El juez natural es el que debe conocer de un proceso por virtud de normas objetivas, de rango constitucional o legal, **previamente establecidas**. Este principio se contrapone y tiende a descalificar la práctica que consiste en escoger el juez «ex post facto»: después de ocurridos los hechos conflictivos y en vista de ellos, puesto que esa escogencia (de parte de quien tendría la autoridad para hacerla) buscaría predeterminar un cierto resultado, posiblemente favorable a una de las partes en conflicto, o en todo caso grato al jerarca» ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Teoría del proceso jurisdiccional*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1ª edición, 2001, p. 404. También se han referido a él otros órganos constitucionales mundiales: “El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional”. Tribunal constitucional español, sentencia 47/1983. En igual sentido y del mismo órgano los votos 102/2001, 170/2002 y, por supuesto, la misma Sala Constitucional costarricense: “...el derecho a un Juez competente hace alusión inmediata al concepto de “juez legal” o “juez regular” que no solamente contemplan los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino también es una exigencia que deriva del artículo treinta y cinco de nuestra Constitución Política. Es, como ha tenido

principio, entonces, una vez adquirida la competencia para conocer de un proceso, ésta sólo se pierde por causas preestablecidas en la ley que buscan tutelar otros principios de igual rango (como el de imparcialidad, por ejemplo). Por otra parte, el artículo 47 del Código Procesal Penal (ley de la República que no ha sido derogada ni declarada, en tal extremo, inconstitucional y que, en consecuencia, se encuentra vigente) dispone: «Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas: a) El tribunal tendrá competencia sobre los hechos punibles cometidos dentro de la circunscripción judicial donde ejerza sus funciones...». Si los hechos fueron cometidos en San José centro o en el Tercer Circuito Judicial, el órgano competente, creado por ley con antelación a esos hechos

para conocer del debate, era el Tribunal de Juicio de San José o, a lo sumo, el Tribunal de Juicio del Tercer Circuito Judicial (Pavas) y no el «Tribunal Penal de Flagrancias de San José, Goicoechea» que fue al órgano al que, en definitiva, se trasladó la competencia de tales causas. El Tribunal Penal de Flagrancias está previsto, normativamente a nivel legislativo, hasta el 22 de abril de 2009 fecha en que entró en vigencia la «Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal».¹³ Antes de eso su funcionamiento se basó en criterios adoptados por los órganos administrativos del Poder Judicial que tienen como sustento normativo los siguientes numerales de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

oportunidad de señalarlo muy reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, especialmente a partir de la sentencia número 1739-92, un elemento que integra el debido proceso, y hace alusión al derecho de toda persona a que lo juzgue un juez previamente establecido por ley, con una clara competencia, en el sentido que la doctrina procesal acepta pacíficamente. El principio (derecho) de juez legal o regular, evidentemente excluye por ilegítima, la designación de tribunales ad hoc, especiales o ex post facto.» Sala Constitucional, voto N° 2002-06223 (el destacado no es del original); *“...la garantía constitucional al juez natural (...) forma parte de la garantía genérica al debido proceso (...) significa la existencia de órganos judiciales preestablecidos en forma permanente por la ley. Uno de los contenidos del principio «juez natural» es como juez legal, es decir, como «órgano» creado por ley conforme a la competencia que para ello la Constitución asigna al Congreso. El derecho a la jurisdicción consiste, precisamente, como principio, en tener posibilidad de acceso a uno de esos jueces. Según lo establece el artículo 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la jurisdicción y la garantía de los jueces naturales, es el derecho que toda persona tiene a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Lo que se tutela a través del principio del juez natural es la prohibición de crear organismos ad-hoc, o ex post facto (después del hecho), o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales. En definitiva lo que se pretende es asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal evitando que sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad...”* Sala Constitucional, voto N° 6701-93 (el destacado no es del original); *“...el principio de juez natural garantiza que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez establecido de manera previa por la ley. Se trata de evitar que una persona sea juzgada por un tribunal creado después de los hechos supuestamente ilícitos.”* Sala Constitucional, voto N° 2004-12629 (el destacado no es del original).

13 Publicada en La Gaceta N° 77 del 22 de abril de 2009.

“Artículo 46.- Los acuerdos y las disposiciones de la Corte relativas al establecimiento y la definición de una circunscripción territorial, o los que conciernan al recargo de competencias, el traslado y la conversión de despachos judiciales y de cargos o puestos, deberán fundamentarse en la ineludible eficiencia del servicio, la especialización de los órganos judiciales y de los tribunales jurisdiccionales y la equidad necesaria de las cargas de trabajo.

En razón del volumen de trabajo y la obligada eficiencia del servicio público de la justicia, la Corte podrá nombrar más integrantes de los tribunales, en forma temporal o definitiva; también podrá abrir y cerrar -por esas mismas razones- nuevas oficinas y órganos adscritos a los tribunales, en cualquier lugar del país.

En los tribunales mixtos, la Corte podrá dividir funciones por materia, de manera que se especialicen los servicios de administración de justicia. Cuando las necesidades del servicio lo impongan, la Corte podrá dividir un tribunal mixto en tribunales especializados.

Cuando la carga de trabajo no amerite abrir otro órgano jurisdiccional ni judicial, la Corte o el Consejo podrán asignar jueces y otros servidores itinerantes, para que se trasladen a los lugares donde deba brindarse el servicio con mayor eficiencia.”

“Artículo 59.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia: (...) 16.- Refundir dos o más despachos judiciales en uno solo o dividirlos, trasladarlos de sede, fijarles la respectiva competencia territorial y por materia, tomando en consideración el mejor servicio público. También podrá asignarle competencia especializada a uno o varios despachos, para que conozcan de determinados asuntos, dentro de una misma materia, ocurridos en una o varias circunscripciones o en todo el territorio nacional.»

No obstante, aunque efectivamente las normas permiten modificar competencias, ello sólo puede hacerse -en primer lugar- para casos futuros y, en segundo lugar, con criterios de generalidad y no tomando ciertas consideraciones particulares (p.e. tipo de delito, tipo de persona que lo comete, etc.) porque de hacerse tales individualizaciones se estarían creando, por disposición administrativa, tribunales especiales. Por otra parte esas normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial son generales y anteriores a la supracitada disposición, especial y posterior, contemplada en el Código Procesal Penal que, por ello, predominaría sobre aquellas. Así las cosas, tanto los actos de Corte Plena, de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia como las normas *supra* indicadas presentarían, a mi juicio, visos de inconstitucionalidad¹⁴ por chocar contra un principio de rango superior como lo es el del juez legal o natural.

14 Cabe indicar que la Sala Constitucional mediante voto N° 2009-11099 (Mora, Calzada, Armijo, Vargas, Jinesta, Cruz y Abdelnour) evacuó una consulta formulada por el Tribunal Penal de Flagrancia en que declaró la constitucionalidad de los artículos 426, 428 y 430 del Código Procesal Penal pero refiriéndose al proceso diseñado legislativamente y no al administrativo, anterior. Además, en dicho voto no analizó el tema del juez legal o natural sino sólo lo referente a la imparcialidad y el derecho al recurso. En todo caso, a mi juicio, el pronunciamiento de esa Sala sobre el tema debe hacerse con magistrados o magistradas que no integraran Corte Plena en la sesión en que se discutió la creación de esos tribunales, pues ello podría generar no sólo que se hubiera adelantado criterio sino que al votarse administrativamente el acto, el mismo órgano que lo creó o avaló sea quien luego lo escribiera.

B. EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA DEFINIDO LEGALMENTE

La introducción de disposiciones legales para el juzgamiento de este tipo de delitos, implícitamente reconoce la insuficiencia de las normas administrativas anteriormente dictadas sobre todo de cara al principio de juez legal o natural.¹⁵ La principal característica de este proceso especial es que se suprime la etapa intermedia, que es trasladada a cargo de los jueces de juicio, pero se ponen de manifiesto una serie de problemas de orden constitucional.¹⁶ Algunos son propios de las normas, otros de la implementación que de ellas pueda hacerse. Se pasa revista a algunos de ellos:

b.1 el derecho de defensa: El artículo 425 del Código Procesal Penal establece un plazo, que impropiamente se denomina “término”,¹⁷ de veinticuatro horas para que el defensor prepare la defensa una vez que es nombrado. Ese lapso puede afectar el derecho de defensa del encartado y así fue señalado cuando el tema se discutió en Corte Plena.¹⁸ Se parte del gravísimo error conceptual de creer que en materia de flagrancia “no hay nada que investigar” olvidando que, conforme al artículo 236 del Código Procesal Penal, es flagrancia tanto que el autor del hecho haya sido sorprendido en el momento de cometerlo, inmediatamente después o sea detenido mientras es perseguido, como el caso de que se le encuentren objetos o presente rastros que hagan presumir, vehementemente,

15 El mismo voto N° 2009-11099 de la Sala Constitucional, redactado por el magistrado Mora Mora señala, en el considerando III que la naturalidad, como característica de la jurisdicción alude a que, respecto del juez/a: “...su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio” aunque no alude a la principal nota diferenciadora según la cual todo ello ha de ser dado por ley previa. Por su parte, el voto N° 2009-869 del Tribunal de Casación Penal (Jorge Arce, Sandra Zúñiga y Alfredo Chirino) determinó que si bien superar los quince días hábiles por causas ajenas a la investigación (como, por ejemplo, la declaratoria de rebeldía) no implicaban la conversión del proceso de flagrancia en ordinario, dicho proceso no podía aplicarse a hechos producidos antes de la vigencia de la ley.

16 El proyecto se discutió en el actas de Corte Plena 33-08 en que, por doce votos (Mora, Rivas, González, Escoto, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Chaves, Arroyo, Bresciani Quirós y Bogantes Rodríguez), se acogió el informe del Magistrado Arroyo en que se pusieron de manifiesto algunos de los problemas que aquí se apuntan. Los Magistrados Solís, Ramírez, Pereira y Chinchilla votaron en contra. Posteriormente se volvió a discutir en el acta 02-2009 (artículos II y IV), ocasión en la cual muchos de los acuerdos adoptados antes fueron revertidos.

17 El derecho procesal penal costarricense es muy deficiente en cuanto al lenguaje técnico, lo que revela la formación de sus operadores. Para la teoría general del proceso hay una diferencia entre ambas denominaciones. Mientras plazo alude a un lapso, un tiempo en el que se puede hacer válidamente un acto ya sea en el día inicial, en el intermedio o en el final (por ejemplo el período de interposición de un recurso), el término apunta a una fecha fija, fuera de la cual el acto procesal no puede efectuarse válidamente. Cfr.: entre otros muchos VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Temis, Bogotá, 1984, p. 284.

18 Cfr.: sesión 02-2009. En esa ocasión se reconoció que se había mejorado la redacción de la propuesta pues la anterior daba sólo dos horas para el nombramiento del defensor y dos para la preparación de la defensa. Sin embargo se dijo, en el informe redactado por Arroyo, que el plazo fijo de 24 horas “...nos sigue pareciendo excesivamente rígida pues no todos los casos que podrían tratarse mediante la flagrancia son sencillos. La fórmula de ‘dar un plazo razonable que no pueda exceder las 48 horas’ nos parece mucho más adecuada” No obstante, los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Chinchilla, París Rodríguez, Carro Hernández y Bogantes Rodríguez mantuvieron la norma en tanto que Chaves, Aguirre, Varela, Arroyo y Pereira, emitieron su voto por aprobar esa propuesta. Villanueva, Calzada, Vargas, Araya y Abdelnour se abstuvieron de votar. En la sesión 33-08, sin embargo, el Magistrado Mora señaló, en torno a las causales directas de prisión preventiva por tipo de delitos “Me parece que sería conveniente que por lo menos se señalara a la Asamblea Legislativa que medite lo que está haciendo, porque eventualmente pueden encontrarse roces de constitucionalidad en esos nuevos procedimientos.”

que acaba de participar en el hecho punible. Así, por ejemplo, hay antecedentes de conflictos familiares entre un hombre y su compañera. A ella se le escucha pedir auxilio y cuando vecinos ingresan observan a su compañero, ensangrentado, arrodillado sobre ella con un arma en la mano. La mujer está tendida en el piso. El arma posee las huellas del hombre; la bala homicida proviene del arma; él está ensangrentado. Es claro que una situación de esa naturaleza hace surgir la presunción, vehementemente razonable, de que él es el autor del homicidio y que esa detención es en flagrancia. Al margen del tiempo que requieren las pericias a las que se ha hecho alusión él puede alegar que un sujeto se introdujo a la casa, le disparó a su compañera y, cuando él lo sorprendió, forcejearon logrando quitarle el arma pero el sujeto oyó. Dicha tesis requerirá mucho tiempo de investigación. Supeditar el tipo de proceso al tiempo de la investigación es relativizar el principio de juez legal o natural y manipular la competencia jurisdiccional. En todo caso lo que conviene rescatar es que es posible que quien presente rastros del hecho no sea necesariamente su autor y, para poder ejercer adecuadamente la defensa, requiera más plazo que el indicado. Conociendo un caso similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que: “La Corte observa que el artículo (...) establece que una vez producida la acusación fiscal se pondrán los autos en conocimiento de la defensa por espacio de doce horas. **En el presente caso, la acusación fiscal fue presentada el 2 de enero de 1994 y los abogados pudieron consultar el**

expediente el 6 de los mismos mes y año por un lapso muy reducido. La sentencia se dictó al día siguiente. De acuerdo con la legislación aplicable, la defensa no pudo interrogar a los agentes (...) que participaron en la fase de investigación. 139. El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación 141. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. 142. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención.”¹⁹

19 Caso Castrillo Petruzzi contra Perú, N° 138, citado incluso en la primera ocasión en que se discutió el proyecto, que estipulaba plazos más cortos que el actualmente previsto. Cfr.: Corte Plena, acta 33-08. No obstante el argumento se desechó bajo el argumento efectista de que el caso de la CIDH se refería a asuntos políticos en tanto que en Costa Rica hablábamos de “cadenazos” como si sólo ese tipo de delitos fueran susceptibles de conocerse a través de esta vía.

b.2 las causales de prisión preventiva: En el artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal se prevé la prisión preventiva sólo por el hecho de que se esté en presencia de un delito cometido en flagrancia si estos son contra la vida, delitos sexuales, contra la propiedad y en delitos relacionados con narcotráfico. El error contenido en dicha norma, al prescindir de criterios procesales para el dictado de la medida cautelar y atender sólo al tipo de delito por el que se acusa a la persona fue, sin embargo, avalado en Corte Plena.²⁰ La norma defendida bajo argumentos ajenos a lo que en

realidad subyacía en la discusión²¹ que era si es posible decretar prisión preventiva automática, sin causales procesales. Aunque tal proceder fue avalado por Corte Plena, desconoce lo que al respecto indicara la Sala Constitucional, en forma vinculante, en los votos N° 688-91 y N° 193-92 en que declara la inconstitucionalidad de normas que establecen la prisión preventiva en atención sólo al tipo de delitos (en esos casos de narcotráfico). Además es abiertamente contraria a lo indicado por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador²² y

20 Cfr.: sesión 02-2009 en que votaron a favor de aprobar esa norma los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Aguirre, Varela, Ramírez, Pereira, Chinchilla, París Rodríguez y Bogantes Rodríguez. Mientras tanto, Mora, Chaves, Arroyo y Carro Hernández, emitieron su voto por aprobar la redacción propuesta en su informe el Magistrado Arroyo que reconducía el tema a las causales procesales. Villanueva y Armijo se abstuvieron de votar.

21 Así lo evidencia la intervención de Carlos Chinchilla Sandí en la sesión 02-2009 al indicar *“resulta ser que todos los clásicos ya no dan soluciones, simplemente dejen a la libre a la sociedad lo que quiera hacer y ver cómo se comporta, o sea, llegan a un estado caótico, a un estado de anomia casi sin regulación, eso es lo que se pretende, bueno, esas ideas son las ideas que hemos combatido desde hace muchos años por lo menos otras personas y yo que es ese minimalismo dentro de la regulación en el campo del derecho penal, y ese evolucionismo galopante que viene detrás de ese minimalismo, eso es lo que asusta, porque no podemos pensar al día de hoy que un estado pueda mantenerse sin derecho. Importante es dentro de esto identificar algunos problemas, muchas de las partes que podríamos decir dieron solución a algunas soluciones resultaron importantes en aquel momento, hoy día la identificación de la criminalidad es distinta”* Mientras tanto, el argumento del magistrado Arroyo –según el cual todos esos casos podían tratarse con la normativa entonces vigente que no se detiene en el tipo de delito pero sí en las causales procesales- no fue abordado. Según Arroyo la norma, tal y como está, *“...propone la prisión preventiva en cierto tipo de delitos, cuando media flagrancia. Este tipo de excepciones rompe con el sistema general que contiene el Código Procesal penal vigente, de manera que puede estarse ante un quebranto del principio de igualdad frente a la ley y la presunción de inocencia que tutela el numeral 33 de la Constitución Política (ya que se estaría haciendo discriminación por tipo de delito, así como los artículos 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, todos referentes al mismo principio de igualdad)”* criterio que comparto. Cabe destacar que Corte Plena, en un acta anterior sobre este tema, había aceptado –por mayoría- este criterio que se dejó aquí sin efecto sin mayor argumentación jurídica que fundamente las razones del cambio.

22 Se determinó allí: *“93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”*

Suárez Rosero contra Ecuador²³ por lo que es previsible una condena del estado sobre esta base sustentada.

Aunque recientemente, la Sala Constitucional en el voto N° 2009-9346 (Vargas, Mora, Armijo, Jinesta, Abdelnour, González y Salazar) señaló *“La norma transcrita adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice ‘podrá ordenar’) de hacerlo previa valoración y resolución fundada que (...) implicaba –entre otros- el análisis de la existencia de la flagrancia”* lo cierto del caso es que dicho pronunciamiento es criticable en el tanto si bien la norma señala un ámbito de discrecionalidad sólo la circunscribe al tipo de delitos y no a los presupuestos procesales

que, según lo referido, se requiere para la emisión de las medidas cautelares. Es decir, la discrecionalidad jurídica está dada por si hay, o no, flagrancia en el caso concreto, sin que la resolución constitucional aborde la cuestión de fondo que concierne a si basta el tipo de delito, aún en flagrancia, para decretar medidas cautelares.

b.3 la falta de apelación de la prisión preventiva: En la nueva legislación sobre flagrancia no se prevé el recurso de apelación contra la resolución que decreta la prisión preventiva. El tema fue ratificado, en su constitucionalidad, por el voto N° 2009-11099 de la Sala Constitucional,²⁴ ocasión en la que se evidencia el cambio de criterio de dicho órgano quien, anteriormente, había referido la necesidad de que todo acto administrativo con efectos propios (actos separables) tuviera

23 *“77...el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.”*

24 En donde se citan, como apoyo, los votos N° 2003-4925, N° 2004-100040, N° 2008-8259, N° 2009-10547, todos de la Sala Constitucional.

derecho al recurso.²⁵ En la práctica el problema que se presenta es que, en los casos en los que no hay flagrancia, el reglamento emitido por la Corte Suprema de Justicia con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley señala

que ha de ser el tribunal de flagrancia quien debe decidir la situación jurídica del encartado respecto a las medidas cautelares decretadas,²⁶ cuando la ley²⁷ dispone que, en tales casos, el competente para decidir es el

25 En el voto de la Sala Constitucional N° 300-90 se indicó: «...si bien el derecho a recurrir de un fallo ante un tribunal superior, en general o para determinados supuestos, no se encuentra consagrado expresamente por ningún texto constitucional, sin embargo, los artículos 1° y 73 inc. d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 48 de la propia Constitución reconocen, como parámetros de constitucionalidad, tanto las normas como los principios, y tanto de la Constitución misma como del Derecho Internacional vigente en Costa Rica, de manera que si de alguna de dichas fuentes cupiera deducir la existencia del derecho fundamental que se invoca, la disposición cuestionada, o su interpretación, serían, efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan (...) Sin embargo, como se dijo, la misma Ley (arts. 1° y 2°) obliga también a considerar la cuestión desde el punto de vista de los principios, tanto constitucionales como del Derecho Internacional aplicables, situación en la que adquieren especial relevancia, tanto los valores y principios implícitos en la propia Constitución como los generales del derecho de los Derechos Humanos, con los criterios de interpretación recogidos por el artículo 29 de la Convención, criterios que, entre otras cosas, integran los derechos consagrados en el texto con cualesquiera otros reconocidos (...) Lo anterior incide particularmente en la correcta interpretación y aplicación de los principios del debido proceso, que tienen asiento en los artículos 39 de la Constitución, 8 y 25 de la Convención Americana (...) En efecto, un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal (...) Tesis similar es la que prevalece hoy en el Derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho de impugnar los actos de procedimiento o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan «efecto propio», es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como «actos separables» en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar (V., p. e j., art., 163.2 Ley General de la Adm. Pública). Al nacer, pues, ese derecho a recurrir contra los actos separables, de un principio general de Derecho Público, ergo lo es del derecho de la Constitución, con el mismo rango que sus normas expresas (como lo reconoce el art. 7.1 de la misma Ley General) (...) En el caso de marras (...) le rechazaron su recurso de apelación y su apelación de hecho, precisamente estimándolos inadmisibles por no hallarse dentro de los previstos en el artículo (...) todo lo cual le ha significado, efectivamente, una grave limitación en sus derechos al debido proceso, rayana en la indefensión, al verse impedido de obtener que un tribunal superior revisara lo actuado, a su juicio erróneamente, por el inferior (...) Si a todo esto se añade el hecho de que el pago de dicha pensión provisional está garantizado mediante apremio corporal, es decir, mediante una privación de libertad con las mismas características y gravedad que una penal, sin serlo, se comprenderá por qué en estos supuestos el derecho a recurrir contra tales resoluciones resulta esencial y su ausencia produce la indefensión del demandado, con violación de los principios del debido proceso, implicados, como se dijo, entre otros, en los artículos 39 y 41 de la Constitución, 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica ...» (el destacado es suplido). En sentido similar los votos de la Sala Constitucional N° 1704-90 y N° 4099-94 y CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *En los linderos del ius puniendi*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2005, pp. 351-352 y 355.

26 Dispone la citada normativa emitida en la sesión de Corte Plena 14-2009: “3.4. Se valorará en primer lugar si la detención obedece a una de las hipótesis de flagrancia. **De no ser así, la audiencia resolverá sólo sobre medidas cautelares y se ordenará el trámite ordinario del asunto;** en estos casos el juez penal de la etapa preparatoria receptor quedará vinculado por lo resuelto y los recursos se formularán ante el Tribunal del Procedimiento Ordinario según corresponda.”

27 Artículo 430 párrafo segundo del Código Procesal Penal: “Cuando deba solicitarse por un plazo superior, así como en los casos donde el fiscal o el tribunal de juicio, considere que no corresponde aplicar el procedimiento expedito, por no estar ante hechos cometidos en flagrancia o al ser incompatible la investigación de los hechos, procederá la prisión preventiva, si existe mérito para ello, según las reglas establecidas en este Código. El juez penal será el encargado de resolver acerca de la solicitud dirigida por parte del fiscal.”

juez penal. Es evidente que la ley predomina sobre el reglamento pero el conflicto de normas pretende neutralizar la afectación a principios constitucionales, sin lograrlo. Por una parte, téngase en cuenta que por vía reglamentaria se está modificando la competencia del juez penal para conocer de la causa, lo que roza con el principio de juez legal o natural y, por la otra que también se dispone, con una norma administrativa, que el criterio de una autoridad jurisdiccional vincula a otra lo que afectaría el principio de independencia judicial. Por la otra, actuar como lo establece la ley implicaría que el detenido pueda pasar varios días (mientras se le nombra defensor y se le otorga el plazo a éste para preparar la defensa) sin estar a la orden de una autoridad judicial competente, conforme se analizará luego, lo que implica que la detención sea ilegítima.

b.4 el exceso de 24 horas para indagar al encartado: El artículo 423 del Código Procesal Penal señala que una vez detenido al sospechoso se trasladará hasta el Ministerio Público. Conforme al artículo 425 del mismo cuerpo normativo el fiscal puede concederle hasta 24 horas para que nombre defensor de su confianza. Una vez nombrado dicho defensor, éste cuenta con 24 horas para que prepare su defensa al tenor de esa misma norma. El fiscal hace la acusación y traslada el caso al Tribunal de Flagrancia en que se

pueden decidir las medidas cautelares (artículo 427 CPP) y determinar si se está, o no, ante un caso de flagrancia. Sea que se acepte o no el procedimiento, habrán transcurrido, a lo menos, 48 horas desde la detención sin que el juez competente decida su situación lo que a todas luces riñe con lo establecido en el artículo 37 de la Carta Magna.²⁸ Sin embargo, pese a la literalidad y claridad de la norma y a que ella no hace excepciones, ya la Sala Constitucional ha avalado que el lapso –en algunas ocasiones- se amplíe,²⁹ por lo que es previsible que resuelva igual máxime la presión socio-política que se encuentra detrás y el que antes los textos fueran conocidos en Corte Plena.

b.5 denegación acceso a la justicia a la víctima: Si bien el artículo 432 del Código Procesal Penal posibilita que la víctima se constituya en actora civil o querellante, prevé plazos muy cortos para que haga tal apersonamiento, a más de que los requisitos normales (que incluyen el patrocinio letrado) se mantienen. Ambos factores hacen que, en la práctica, tales derechos sean nugatorios. Esa misma norma establece que “La acción civil no procederá en el procedimiento expedito, cuando existan terceros demandados civilmente y no se encuentren presentes” lo que representa una verdadera denegación de justicia porque la remisión que luego se hace a

28 “Artículo 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratase de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.” Nótese que si bien la norma constitucional exceptúa al “delincuente infraganti” del mandato escrito de juez, previo a la detención, sí exige para todos los supuestos (“en todo caso”) que la detención no se prolongue más allá de las veinticuatro horas sin ser puesto a la orden del juez.

29 Cfr.: votos N° 728-01 y N° 308-01 en que se resuelve la situación jurídica de la persona acusada fuera de las 24 horas pero se declara sin lugar el *habeas corpus*. No obstante, la Sala Constitucional en los votos N° 1029-01 y N° 1070-01, entre otros muchos, había señalado la improrrogabilidad de dicho plazo.

la vía civil no soluciona el quebranto al principio de igualdad que se produce. Es decir, este es el único caso en que la parte no tiene el derecho de *elegir la vía* que sí opera en todos los demás procesos y la excepción no obedece a criterios sustentables jurídicamente. Por último, en el párrafo segundo de ese artículo se dispone, también contra lo que es usual en todos los procesos, que la acción civil se acogerá en abstracto, lo que implica que la víctima deba recurrir a un largo proceso de ejecución de sentencia. Así las cosas, so pretexto de darle mayor protección a las víctimas estas normas, en realidad, se las niegan y las cosifican como testigos del estado, sin respetarles sus derechos resarcitorios.

b.6 juez legal o natural dependiendo de la hora de detención: En la sesión 14-2009 de Corte Plena se aprobó una reforma reglamentaria según la cual: “c.- *Las oficinas especializadas de Trámite de Flagrancias, durante el horario de las 7:30 horas a las 16:30 horas, tendrán competencia para atender únicamente los hechos cometidos en la circunscripción territorial del II Circuito Judicial de San José. Estos mismos despachos en horario de las 17:00 horas a las 23:00 horas, ampliarán su competencia para atender los casos acaecidos en la circunscripción territorial del I, II y III Circuito Judicial de San José. (...) d.- Las detenciones en flagrancias que sean presentadas a las autoridades judiciales en horario de las 23:00 horas y hasta las 7:30 horas del próximo día, serán atendidas bajo el*

procedimiento ordinario.” Es decir el juez legal o natural ni siquiera depende de la materia (flagrancia), lo que ya habría sido bastante poroso dada la dificultad de determinar cuándo se está en tales supuestos, sino de la hora de comisión del hecho o de aquella en que se detuvo a la persona acusada. Esa práctica, sin respaldo jurídico de ninguna índole atenta contra el principio de juez legal o natural y relativiza otras garantías constitucionales como, inclusive, el derecho mismo al recurso pues dependiendo del órgano competente así será, también, la forma en que se computen los plazos para interponer el recurso de casación³⁰ y la posibilidad que se tenga, o no, de recurrir la detención o las medidas cautelares adoptadas.

b.7 imparcialidad del juez: Este principio se ve afectado, desde mi perspectiva, no sólo porque los jueces y juezas que intervinieron en la discusión, administrativa, de las normas en Corte Plena sean algunos de los que deban conocer, jurisdiccionalmente, de los reglamentos que haga surgir la ley sino porque, además, hay una falta de definición legal en torno a la intervención de los cuatro jueces del Tribunal de Flagrancia. Dependiendo de la forma en que cada grupo de jueces asuma la normativa, podrían generarse afectaciones al principio de imparcialidad, dado que los jueces de juicio podrían haber comprometido previamente su imparcialidad al estar presentes en negociaciones (para reparaciones integrales, conciliación, suspensión a

30 La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indicó que en el procedimiento expedito para los delitos en flagrancia, el plazo para interponer recurso de casación se computa en días naturales pues como el recurso de casación se presenta ante el tribunal de Flagrancia, que trabaja todos los días del año, todos los días resultan hábiles. Cfr.: voto N° 367 de las 10:58 hrs. del 25 de marzo de 2009. Ello representa, en la práctica, menos tiempo para la interposición del recurso y afectaciones a la seguridad jurídica por lo variable de los plazos dependiendo de la autoridad que conozca.

prueba o abreviados) o al haber dictado resoluciones sobre medidas cautelares. Por ello es necesario que, empíricamente, cada integración intente no comprometer dicho principio evitando que quien ya conociera del caso lo vuelva a conocer. Así lo determinó la Sala Constitucional en el voto N° 2009-11099 en que señaló “...*la Sala reconoce que el hecho de que sea la misma integración del tribunal la que realice la primera y segunda parte de la audiencia, podrá facilitar que en determinados supuestos, se vulnere el principio de imparcialidad. Ello hace necesario, que en protección a ese principio, se requiera la organización del Tribunal de Flagrancia, de manera que un juez realice la primera parte de la audiencia y sean otros miembros del Tribunal los que integren en la segunda parte, a fin de evitar cualquier posible contaminación, medida ésta de corte administrativo que bien podrá ser dispuesta, sin necesidad de norma legal que la imponga*”. Aunque en el voto referido la Sala Constitucional no encontró que se afectara el principio de imparcialidad con la valoración que el tribunal hace de si el caso es de flagrancia o no, sobre la admisión de la prueba o sobre la corrección de defectos formales, discrepo de esa posición en tanto me resulta claro que el juez que resuelve esos extremos compromete, de alguna forma, su criterio de fondo (aceptando que el detenido fue el sorprendido en la escena, con rastros del hecho, en plena persecución; que para acreditar el hecho acusado se requiere más prueba que él mismo señala, que para poder acoger la acusación en cuanto al fondo ésta debe ser corregida en ciertos extremos) por lo que nada obsta que, al margen del criterio

constitucional, se extremen medidas para que quienes hagan esos pronunciamientos no sean quienes integren el tribunal de juicio.

b.8 afectación del principio de legalidad: El artículo 434 del Código Procesal Penal establece que la Corte definirá, mediante reglamento, la localización y horarios de los tribunales de flagrancia. No hay ámbito de discrecionalidad en cuanto a la entrada en vigencia de la ley que se fija desde la publicación. Sin embargo, contrario a esa norma, Corte Plena, en sesión 14-09 (artículo XIX), estableció: “*La Corte Suprema del Poder Judicial definirá los circuitos y los momentos a partir de los cuales se aplicará el procedimiento especial de flagrancias, antes de esta definición se continuará aplicando el procedimiento ordinario, fiscales, defensores, jueces penales y jueces de juicio mantendrán sus roles, según cada etapa procesal y la competencia para conocer sobre los hechos delictivos cometidos en cada circunscripción territorial.*”³¹ Es altamente criticable dicha disposición porque por norma administrativa prácticamente se deroga o se supedita el cumplimiento de la ley a la existencia de recursos económicos, cuando el legislador no lo previó así. El reglamento es para establecer el horario y localización de los tribunales de flagrancia no para hacer inaplicable la normativa en buena parte del país. Por otro lado, el artículo 422 del Código Procesal Penal es claro en indicar que la totalidad de lo actuado en este proceso es oral, incluida la sentencia, lo que armoniza con la política institucional que, inclusive, ha sido defendida y aplicada, aún en sede constitucional, contra normas legales expresas en contrario, como son las establecidas en

31 Circular 50-09 publicada en el Boletín Judicial N° 94 del 18 de mayo de 2009.

el Código Procesal Penal. Sin embargo, inexplicablemente, Corte Plena establece: “4.2. *La sentencia se dictará oralmente. Caso de ser impugnada en casación, se agregará al acta de debate una transcripción fiel de los hechos probados y de la fundamentación intelectual del fallo (el “por tanto” ya constaría en el acta original)*” Esa previsión no se ampara en ningún principio jurídico o norma alguna pues entre los requisitos legales señalados para el acta de debate no se encuentra ese (cfr.: artículo 370 del Código Procesal Penal). Tiende, me parece a mi, a facilitar el trabajo del órgano contralor pues no podría pensarse que es de cara a las personas usuarias desde que ello sólo aplica a las sentencias condenatorias en que se interponga recurso, es decir, no es para todas las sentencias, ni siquiera para todas las condenas. La pregunta que surge, entonces, es ¿tendrá alguna relación este requisito con que la mayoría de hechos tramitados en flagrancia son, a esta fecha, de competencia, en casación, de la Sala Tercera? El reglamento, también en ese punto, desconoce la jerarquía de las fuentes del Ordenamiento Jurídico y modifica el texto legal.

b.9 principio acusatorio: Pese al vaivén jurisprudencial que, en sede constitucional, ha tenido el principio acusatorio,³² el proceso

penal costarricense –hasta antes de la aprobación de esta ley- parecía haberse decantado por asignarle al juez/a la función de juzgar y establecer que corresponde al Ministerio Público acusar y ofrecer prueba y asumir la carga por las deficiencias en ambas funciones. No obstante, el párrafo segundo del artículo 428 del Código Procesal Penal faculta, ahora, al juez a que “*verifique que la acusación sea precisa, clara y circunstanciada y que el hecho sea típico*” y que, de no serlo, le prevenga al fiscal la corrección, con lo que asume una posición en favor de una parte, generando desequilibrio procesal. La misma disposición faculta a que sea el juez que califique la prueba. Aplicar tal cual está la norma implicaría un retroceso importante al sistema inquisitivo. Aunque la Sala Constitucional no lo determinó así,³³ los razonamientos son muy endebles porque usa argumentos circulares y analiza la constitucionalidad de esa disposición no frente a las normas y principios constitucionales, como era lo obvio, sino a partir de las posibilidades que da el Código Procesal Penal, lo que es ajeno a la función de dicho órgano e implica confundir legalidad con constitucionalidad.³⁴ Por ello lo recomendable es que, si se llegaran a ejercer esas potestades legales, quien las asuma no integre el tribunal decisor de la causa en juicio.

32 La Sala Constitucional ha indicado, mediante jurisprudencia vinculante (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) tanto que el principio acusatorio integra el debido proceso como que no lo integra, a efectos de determinar si proceden ciertas actuaciones oficiosas del juez (ver, entre otros, los votos N° 4833-99, N° 5432-99 en tanto dan potestades oficiosas a los juzgadores y los votos N° 2550-2005 y N° 3568-2005 que limitan al juez a lo pedido por el ente fiscal).

33 Voto N° 2009-11099.

34 Indicó la Sala Constitucional en el voto N° 2009-11099: “*No estima la Sala que el control de legalidad que ejerce el juez al verificar que los elementos de la acusación se encuentren completos y claros, afecte o vulnere su deber de objetividad e imparcialidad. El artículo 15 del Código Procesal penal dispone (...) Le corresponde al juez o tribunal ser un contralor del cumplimiento del principio de legalidad (...) lo que él debe es señalar el defecto, pero no le corresponde corregirlo, esa es función del fiscal, en consecuencia su imparcialidad en relación al caso no se puede ver afectada por esa exigencia legal.*” Nótese que no se dijo nunca por qué no se afectaba la objetividad con tal proceder. ¿Se compromete la imparcialidad si el juez le dice a un fiscal que acuse a alguien por un hecho, aunque no sea el juez quien haga esa acusación? Parece evidente que sí. Valga añadir que el citado voto fue redactado por el magistrado Mora Mora quien participó ampliamente en todas las sesiones de Corte Plena en que se discutió sobre la flagrancia.

COROLARIO

El derecho penal y procesal penal es el barómetro de una sociedad. La contestación que se le dé a las preguntas ¿qué conductas se reprimen?, ¿siguiendo cuáles procedimientos? y ¿cómo se castiga el delito en cada lugar? nos da oportunidad de medir, de manera bastante aproximada, el nivel cultural, socio-económico y político que impera en cada latitud. Pero la respuesta está dada no sólo por lo que las preguntas evidencian sino, también, por lo que esconden.

El juzgamiento expedito o diferenciado por tipo de delitos y circunstancias en que estos suceden, en flagrancia o no, es una exigencia constitucional que dimana de la justicia pronta pero nunca puede conducir a neutralizar lo cumplido de la justicia o a emitir serios cuestionamientos de lo que ella puede ser, sobre todo cuando se hace en función de las presiones de sectores políticos, de prensa o de la opinión pública. El tratamiento que, administrativa y legalmente ha recibido el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia implica, desde mi perspectiva, importantes retrocesos del Estado democrático de Derecho y nos puede implicar responsabilidad internacional.

Todo ello conduce a una crisis de legalidad que se manifiesta en una doble vertiente: por un lado mediante la emisión de leyes que, como la comentada, minimizan garantías procesales cuya conquista ha implicado un difícil proceso

histórico y, por la otra, en ver a la ley como un obstáculo para el cambio que, entonces, puede modificarse aún mediante disposiciones de rango inferior. Si a ello se suma el que, en la Costa Rica actual se confunde la función del juez –ordinario o constitucional- con la del legislador y que la jurisprudencia actual de la Sala Constitucional evidencia una importante retirada respecto a la protección de derechos fundamentales,³⁵ el panorama resultante es realmente desalentador y nos convoca a una profunda reflexión...si la crisis económica produce recesión ¿estaremos frente a una recesión democrática producto de la crisis de legalidad que parece que enfrentamos?

Aunque los criterios de autoridad se impongan quedará, para la Historia, el determinar si nos acomodamos al estado de cosas imperantes o si, por el contrario, contribuimos a denunciarlas y a salvar nuestra responsabilidad. Por ello quiero cerrar estas áridas letras jurídicas dándole espacio al poeta que indicó:

“La primera noche ellos se acercan y cogen una flor de nuestro jardín, y no decimos nada.

La segunda noche ya no se esconden pisan las flores, matan nuestro perro y no decimos nada.

Hasta que un día el más frágil de ellos entra sólo en nuestra casa, nos roba la luna, y conociendo nuestro miedo nos arranca la voz de la garganta.

Y porque no dijimos nada ya no podemos decir nada.”³⁶

35 Cada vez son menos las resoluciones que declaran con lugar algún *hábeas corpus* o acción o consulta de constitucionalidad mientras que, paralelamente, abundan los votos de dicha Sala en que se varía una posición otrora emitida.

36 Vladimir Maiakovski (1893-1930). Otra versión atribuida al dicho poeta indica “*Por protestar las injusticias, vinieron por mill por defender mis principios, vinieron por mill por ver la vida de manera distinta, vinieron por mill por proteger lo más querido, vinieron por mill por no ser su cómplice, vinieron por milla democracia, la libertad y la justicia no se vieron vulneradas porque vinieron por milllo fueron porque nadie dijo nada.*”

REFERENCIAS

Sala Constitucional, votos N° 2009-11099; N° 2009-9346; N° 300-90; N° 1704-90; N° 688-91; N° 193-92.

Sala Tercera, votos N° 1066-2009 y N° 2009-367.

Tribunal de Casación Penal de San José, votos N° 2009-294 y N° 2009-869.

Actas de Corte Plena 28-08; 33-08; 02-2009; 14-09.

Votos de la CIDH en los casos: Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador; Suárez Rosero vs. Ecuador y Castrillo Petruzzi vs. Perú.

PAGO DE SERVICIOS AMBIENTALES A SISTEMAS AGROFORESTALS DE CAFÉ¹. POSIBILIDADES LEGALES Y CONVENIENCIA TÉCNICA

JORGE CABRERA MEDAGLIA²

LISTA DE ACRÓNIMOS

AFE	Administración Forestal del Estado (hoy SINAC)
ARESEP	Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
CATIE	Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza
CBD	Convención sobre la Diversidad Biológica
FONAFIFO	Fondo Nacional para el Financiamiento Forestal
ICAFE	Instituto Costarricense del Café
INTA	Instituto Nacional de de Transferencia de Tecnología Agropecuaria
LB	Ley de Biodiversidad
MAG	Ministerio de Agricultura y Ganadería
MEIC	Ministerio de Economía, Industria y Comercio
MINAET	Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones
PSA	Pago de Servicios Ambientales
RBA	Reconocimiento de Beneficios Ambientales
RLB	Reglamento a la Ley de Biodiversidad
SAF-Café	Sistemas Agroforestales de Café
SINAC	Sistema Nacional de Áreas de Conservación

¹ El autor preparó este artículo con base en una investigación realizada para la Fundación Café Forestal. Se han incluido, los aportes de los profesionales Sergio Abarca, Elías de Melo y Carlos Jones.

² Profesor del Posgrado en derecho Agrario y Ambiental y de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Asesor Legal del INBio y consultor internacional en derecho ambiental.

PAGO DE SERVICIOS AMBIENTALES A SISTEMAS AGROFORESTALS DE CAFÉ. POSIBILIDADES LEGALES Y CONVENIENCIA TÉCNICA

JORGE CABRERA MEDAGLIA

I. INTRODUCCIÓN.

El presente artículo analiza el marco legal e institucional relacionado con el pago de servicios ambientales (PSA). Dicho estudio pretende contextualizar, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la posibilidad de diseñar un sistema de pago por servicios ambientales para los sistemas agroforestales de café (PSA-Café de ahora en adelante). Sin ser exhaustivos se presentarán las principales características legales del sistema de PSA existente; su evolución por medio de la adición de nuevas categorías o modalidades (de particular interés el PSA para árboles plantados en sistemas agroforestales); los requisitos o elementos mínimos que son requeridos para la constitución de nuevas categorías o modalidades de PSA, de manera que está opere de forma coherente dentro del esquema vigente en la materia. Se incluyen además la normativa reciente que incorpora un sistema de Reconocimiento de Beneficios Ambientales a actividades agropecuarias.

II. JUSTIFICACIÓN TÉCNICA DE LA PROPUESTA³

Los siguientes aspectos han sido tomados del informe “*Propuesta de PSA en SAF-Café: ampliando prácticas sostenibles como contribución alternativa de cambios globales*”. Resumen Ejecutivo, preparado por De Melo, Abarca y Cabrera, abril del 2009.

Los Sistemas Agroforestales (SAF) son arreglos espaciales productivos constituidos de cultivos anuales o perennes en asocio con árboles de diferentes especies y propósitos. Entre estos sistemas se destacan los SAF con café, en particular desde México hasta América de Sur. Determinados sistemas, por ejemplo con cacao, se utilizan desde tiempos precolombinos en el trópico americano. El cultivo de café tiene su historia definida en sus inicios a partir de la decisión de los primeros agricultores de retirar la planta de café de los bosques donde se origina y establecer SAF con manejo y domesticación un poco

³ Cfr. De Melo, Elías y Abarca, Sergio, *Cafetales para servicios ecosistémicos, con énfasis en el potencial de sumideros de carbono. El caso de cooperativas cafetaleras afiliadas a COOCAFE*, Informe Final, CATIE-FUNCAFOR-COOCAFE-OIKOCREDIT, junio del 2008 y Rodríguez, Noelia, *Evaluación de las modalidades de pago por servicios ambientales aplicadas a fincas agroforestales en las provincias de San José y Puntarenas, Costa Rica*. Programa de Educación para el Desarrollo y la Conservación. Tesis de Maestría en Agroforestería Tropical; Escuela de Posgrado, CATIE, Turrialba, 2008.

más intensivos. Los estudios muestran las bondades de estos sistemas, que han sido ecológicamente sostenibles por siglos. De esta forma se consideran de gran potencial en el secuestro de carbono a corto y mediano plazo (International Trade Center 2007; Bellarby, *et al.*, 2008). Con mediciones 20 a 25 años después de establecidos se ha observado que, la adicionalidad en la vegetación de estos sistemas puede incrementar hasta en 50 ton C ha⁻¹; y en el suelo en 7 ton C ha⁻¹. (Palm, *et al.*, 2000 citado por Kotschi y Müller-Sämman, 2004). Abundantes estudios, en diferentes lugares de la faja tropical indican, que los niveles de captura y retención de carbono de los SAF con café son equivalentes a los obtenidos en bosque secundarios establecidos. (Montenegro y Abarca, 2001; Callo-Concha, *et al.*, 2005; Aguirre, D.C.M., 2006; Corral, R. *et al.*, 2006; Mena, M.V.E., 2008). En el campo de la conservación del agua y el suelo se conoce desde hace décadas las ventajas de los SAF, de esta forma, el estado costarricense ha reconocido los SAF como una práctica de manejo, conservación y recuperación de suelos, ya que proveen un aumento en la cobertura vegetal del terreno, de la infiltración del agua, y permite un adecuado manejo de la escorrentía (Ley de Uso, Manejo y Conservación de los Suelos, 1998). En términos del mantenimiento de la biodiversidad, recientes estudios indican que la riqueza biológica que encierran estos sistemas, donde en los SAF con café, se ha encontrado en Costa Rica más de 250 especies de árboles, de diferente tipo y función (De Melo, 2005, 2008).

Pese a su contribución histórica a la economía, al cultura y el desarrollo en general del país los productores de café (unos 55.000, según estadísticas de ICAFE), 90% pequeños productores, han visto como el

agravamiento de las crisis económicas han afectado directamente a la actividad y pese a los importantes servicios ambientales que muchos cafetales han brindado desde el 2001 a la fecha a cada año se elimina en promedio alrededor de 3898 ha (de Melo, Abarca, 2008) de cafetales para cambios de uso (piña, pastos degradados, hortalizas, urbanizaciones, entre otras) con altos impactos ambientales negativos y en particular liberación de altas cantidades de carbono que estaban almacenadas en los SAF con CAFÉ. En el 2001 Costa Rica tenía 113.386 ha y para el 2007 las estadísticas del ICAFE indican un área total de 90.000 ha. (se estima que un 75% del área total en cafetales esta bajo un sistema agroforestal). La gran mayoría de estas áreas cafetaleras están en zonas de conectividad de reservas y bosques, zonas de recargas acuíferas por lo que urge estrategias que permitan estimular los SAF con café que cumplan con sostenibilidad.

Costa Rica posee condiciones ecológicas apropiadas para la conservación del ambiente y mitigación de los efectos del cambio climático. No obstante, al ser un país pequeño, con alto nivel de fraccionamiento de propiedades rurales, de múltiple ecosistemas, de alta biodiversidad y fragilidad, los proyectos forestales de grandes extensiones son poco viables. De acuerdo con una Evaluación del Potencial Forestal para la Mitigación del Cambio Climático en el Marco de MDL, (Alfaro, 2003) los terrenos con potencial biofísico como áreas Kyoto en el año 2000 para Costa Rica, eran el equivalente la 20% del territorio nacional, no obstante, solamente 311,226 ha tenían potencial socioeconómico. En el periodo 2003-2007 FONAFIFO ha financiado 360,081 ha, donde el 93,6% ha sido para protección de bosque, y solamente 6,4% para reforestación. En los años 2006 y 2007 se incluyó la regeneración natural y la reforestación en un solo dato, aunque en el 2008 la estadística

para regeneración indica 1660 ha. En relación al financiamiento en SAF, no se cuenta con datos sobre las proporciones de árboles sembrados en los diferentes SAF (árboles en cultivos o árboles en pasturas). No obstante, de acuerdo a los datos a Agosto de 2008 de FONAFIFO, solamente el 7,7% de los árboles financiados para SAF estaban al menos en distritos cafetaleros. Es posible que una alta proporción de los árboles y arbustos de servicio, financiados en SAF, estén en potreros, como cercas vivas, o bien árboles aislados en pastos, en combinaciones artificiales de especies de pastos exóticos y arbustivas con podas. Observaciones recientes de campo indican que este tipo de combinaciones son vulnerables, pues las especies gramíneas exóticas, por su carácter invasivo han limitado la sobrevivencia de las especies arbóreas nativas, independientemente de la especie, edad, tamaño y fenología. En relación a las áreas regeneración natural donde los procesos sucesionales son fundamentales, especialmente para establecimiento de bosque secundario permanente, tener en cuenta la calidad del mismo en relación a las especies que están interactuando y el nicho ecológico que se gesta para especies no nativas, este aspecto biológico es fundamental en relación a la biodiversidad por desplazamiento de especies, y erosión genética ante el cambio climático.

De esta forma es imprescindible redireccionar los esfuerzos a sistemas de conservación, producción forestal y agrícola mejor estudiados, validados y que garanticen un mejor bienestar a los poseedores de tierras, manteniendo y mejorando la captura de carbono, la biodiversidad, garantizando un buen suministro del agua y un adecuado manejo del suelo.

Los cafetales arbolados cumplen con las anteriores condiciones, y en el último siglo y medio han contribuido a forjar parte de la

identidad rural costarricense. Así mismo, en los últimos años se ha venido enervando un profusa producción de legislación, reglamentación y normalización, sobre el pago de servicios ambientales a los poseedores de terrenos que hagan un uso sostenible de los terrenos y la cobertura vegetal sobre ellos.

III. MARCO LEGAL INSTITUCIONAL DE INTERÉS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UN ESQUEMA DE PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES PARA SISTEMAS AGROFORESTALES DE CAFÉ. POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1. Consideraciones previas sobre el enfoque ecosistémico en la LB

El reglamento a la LB reconoce el enfoque ecosistémico (art 3 d., incluyendo los 12 principios desarrollados en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica o CBD).

Asimismo, en su artículo 73 (**restauración, recuperación y rehabilitación de ecosistemas, especies y sus servicios ambientales**) se establece que el SINAC deberá definir, desarrollar y fomentar acciones de manejo para lograr la conservación, la restauración, la recuperación y rehabilitación de ecosistemas y sus componentes, teniendo como fundamento estudios científicos, planes de manejo u otros instrumentos de planificación de las áreas silvestres protegidas, en concordancia con los objetivos de su declaratoria, entre ellas, el manejo y/o erradicación de especies exóticas invasoras, recuperación de suelos y cobertura vegetal, control y prevención de incendios forestales, mitigación de desastres naturales y control de poblaciones de especies nativas oportunistas y regulación de ciclos hidrobiológicos.

En el capítulo de incentivos se enumera al pago por servicios ambientales (art 85 inciso c) y se indica que la estrategia de fomento y seguimiento al programa de pago por servicios ambientales del SINAC, promoverá acciones de protección de bosques, reforestación y **sistemas agroforestales**, para incentivar la conservación y el uso sostenible de sus componentes según lo establecido en el reglamento y en concordancia con el programa de pago por servicios ambientales (artículo 91)

2. Aspectos Generales sobre el pago de servicios ambientales en Costa Rica.

La legislación forestal No 7575 del 5 de febrero de 1996, introdujo en el ordenamiento jurídico nacional el concepto de los servicios ambientales. Este cuerpo legal específicamente dispone lo siguiente:

Artículo 3 (Definiciones). Para los efectos de esta Ley, se considera:

Inciso K). Servicios Ambientales: los que brindan el bosque y las plantaciones forestales y que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente. Son los siguientes: **mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero (fijación, reducción, secuestro, almacenamiento y absorción), protección del agua para uso urbano, rural o hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético,**

protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos.

El artículo 69, del mismo cuerpo legal (Apoyo a Programas de Compensación) disponía que de los montos recaudados por el impuesto selectivo de consumo de los combustibles y otros hidrocarburos, anualmente se destinará un tercio a los programas de compensación a los propietarios de bosques y plantaciones forestales, por los servicios ambientales de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero y por la protección y el desarrollo de la biodiversidad, que generan las actividades de protección, conservación y manejo de bosques naturales y plantaciones forestales. Estos programas serán promovidos por el MINAE. La Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria No 8114 publicada en La Gaceta del 9 de julio del 2001 dispone que el Ministerio de Hacienda deberá destinar un 3.5 por ciento del impuesto único a los hidrocarburos para el pago de los servicios ambientales (art 5). Posteriormente, este monto fue aumentado a un 3.6 por ciento con el fin de dedicar un 0.1 por ciento a las actividades agropecuarias orgánicas como se expondrá más adelante (Ley No. 8591 del 28 de junio del 2007) .

Por su parte, la Ley de Biodiversidad No 7788 del 30 de abril de 1998, en su artículo 37 dispone lo siguiente⁴:

“ En virtud de programas o proyectos de sostenibilidad debidamente aprobados por el

⁴ El reglamento a la Ley de Biodiversidad, decreto No. 34433 publicado en La Gaceta del 8 de abril del 2008, establece que en aplicación del artículo 37 de la Ley y de conformidad con los lineamientos que defina el Consejo Nacional de Áreas de Conservación para todo el SINAC, los Consejos Regionales de las Áreas de Conservación establecerán las áreas para el pago de servicios ambientales con base en criterios que el Comité Técnico Científico recomiende para tal efecto (art 55).

Consejo Nacional de Áreas de Conservación y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por parte de las instituciones o los entes públicos competentes para brindar un servicio real o potencial de agua o energía, que dependa estrictamente de la protección e integridad de un Área de Conservación, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos podrá autorizar para cobrar a los usuarios, por medio de la tarifa pertinente, un porcentaje equivalente al costo del servicio brindado y a la dimensión del programa o proyecto aprobado.

Trimestralmente, el ente al que corresponda la recolección de dicho pago deberá efectuar las transferencias o los desembolsos de la totalidad de los recursos recaudados al Fidecomiso de las Áreas Protegidas, que a su vez deberá realizar, en un plazo igual, los pagos respectivos a los propietarios, poseedores o administradores de los inmuebles afectados y los destinará exclusivamente a los siguientes fines:

- 1) Pago de servicios por protección de zonas de recarga acuífera a propietarios y poseedores privados de los inmuebles que comprenden áreas estratégicas definidas en forma conjunta por los Consejos Regionales de las Áreas de Conservación y las instituciones y organizaciones supra citadas.
- 2) Pago de servicios por protección de zonas de recarga a propietarios y poseedores privados, que deseen someter sus inmuebles, en forma voluntaria, a la conservación y protección de las Áreas, propiedades que serán previamente definidas por los Consejos Regionales de las Áreas de Conservación.
- 3) Compra o cancelación de inmuebles privados situados en áreas protegidas

estatales que aún no hayan sido comprados ni pagados.

- 4) Pago de los gastos operativos y administrativos necesarios para el mantenimiento de las áreas protegidas estatales.
- 5) Financiamiento de acueductos rurales, previa presentación de la evaluación de impacto ambiental que demuestre la sostenibilidad del recurso agua.

Para el cumplimiento de este artículo, el Área de Conservación respectiva deberá establecer un programa que ejecute estas acciones”.

Desde el punto de vista institucional, corresponde al FONAFIFO la gestión y el desarrollo del sistema de PSA. De conformidad con el artículo 46, (Creación del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal):

“ Se crea el Fondo Nacional de Financiamiento Forestal, cuyo objetivo será financiar, para el beneficio de pequeños y medianos productores, mediante créditos u otros mecanismos de fomento y manejo del bosque , intervenido o no, los procesos de forestación, reforestación, viveros forestales, **sistemas agroforestales**, recuperación de áreas denudadas y los cambios tecnológicos en aprovechamiento e industrialización de los recursos forestales. **También captará financiamiento para el pago de servicios ambientales que brindan los bosques y las plantaciones forestales y otras actividades necesarias para fortalecer el desarrollo del sector de recursos naturales, que se establecerán en el reglamento de la Ley”**

El mandato otorgado al FONAFIFO es suficientemente amplio para apoyar a sistemas

agroforestales, en este caso SAF-CAFÉ y para gestionar y crear modalidades de PSA siempre que se trate de bosques y plantaciones (léase árboles plantados) y que estos se encuentren cubiertos por las definiciones de la legislación vigente, como se indican a continuación.

La Ley define “ sistema agroforestal” (art 3 inciso h) de la siguiente manera “ forma de usar la tierra que implica la combinación de especies forestales en tiempo y espacio con especies agronómicas en procura de la sostenibilidad del sistema” .

Por su parte, el reglamento a la Ley Forestal, Decreto 25721-MINAE y sus reformas (art 2) contiene algunas definiciones de interés tales como: “combinación de especies forestales” : combinación en tiempo y espacio de árboles con cultivos anuales, cultivos permanentes, especies forrajeras, frutales y otras. No se incluyen dentro de esta definición los bosques socoados o fuertemente intervenidos donde se abre un espacio que permite el establecimiento de especies forrajeras u agronómicas. **Entre otros**, se consideran sistemas agroforestales, los rompevientos, los potreros con árboles plantados o de regeneración natural siempre que estos últimos se hayan establecido después del cultivo, los árboles de sombra de cultivos permanentes y los árboles en cerca”.

El mismo artículo define árbol forestal como: “ planta perenne (aquella que vive más de dos años), **de tronco leñoso y elevado** (referido a las diferentes alturas que alcanzan los árboles dependiendo de la especie y el sitio); **que se ramifica a mayor o menor altura del**

suelo, que es fuente de materia prima para los diferentes tipos de industria forestal, como aserraderos, fábricas de tableros, de chapas, de fósforos, de celulosa, de aceites esenciales, de resinas y tanino⁵”.

El Reglamento a la Ley Forestal, Decreto 25721-MINAE brinda más detalles sobre el pago de servicios ambientales, reformado especialmente por el decreto No 30762-MINAE del 9 de octubre del 2002.

Según las reformas introducidas, la AFE competirá al MINAE y realizará sus funciones por medio del SINAC y del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal. En lo relativo al fomento del sector forestal y específicamente en cuanto al pago por servicios ambientales en cualquiera de sus modalidades, ambas instituciones podrán realizar acciones conjuntas con el fin de cumplir los objetivos enumerados en la legislación forestal (art 3 reformado del reglamento a la Ley Forestal).

Corresponde al FONAFIFO presentar cada año para la aprobación del Ministro, una propuesta donde se establezcan las áreas prioritarias a intervenir, la cantidad de hectáreas y monto por pagar por los servicios ambientales en las diferentes modalidades, con base en el presupuesto asignado y a los criterios de priorización definidos previamente por el Ministro, considerando las políticas nacionales. Una vez aprobada, mediante decreto ejecutivo se establecerá cada año la cantidad disponible, el monto por hectárea y el mecanismo de pago. Los reglamentos y procedimientos serán emitidos por el FONAFIFO (art 38).

5 Es posible que se requiera una reforma al artículo del reglamento si algunas de las especies forestales asociadas al café no cumplen con estos requisitos.

El procedimiento se regula en los artículos reformados del reglamento. El FONAFIFO, publicará en el Diario Oficial los aspectos señalados en el artículo anterior, para lo cual dará un plazo de hasta 30 días calendario para recibir las presolicitudes. Para ello la solicitud deberá ser escrita aportando la documentación requerida, manifestación del área a proteger, reforestar o SAF y lugar para recibir notificaciones, en el caso de personas jurídicas se incluirá la personería jurídica. Estos documentos serán evaluados técnica y legalmente por FONAFIFO en un máximo de 10 días hábiles. Si se considera que reúnen las condiciones legales y técnicas se comunicará al oferente que su presolicitud fue aprobada y que puede proceder a elaborar el estudio técnico. Las solicitudes dentro de cada área prioritaria se tramitarán con estricto apego al orden de presentación. Una vez llegado al tope máximo se comunicará a los solicitantes posteriores, quedando su solicitud en suspenso. Si no se adjudicará, la misma tendrá prioridad para el período siguiente.

En caso de que no se cumplan con los requisitos el FONAFIFO señalará los defectos u omisiones otorgando hasta 30 días para su cumplimiento. De no presentarse lo requerido o presentarse incorrecto, se archivará. (art 39).

Presentado el estudio técnico debidamente firmado por un profesional forestal, con los requisitos que reglamentariamente exige el FONDO, este revisará y aprobará o no la solicitud. En caso de aprobarse el FONDO elaborará el estudio correspondiente, el cual será suscrito por el Jerarca y FONAFIFO para lo cual contará con un plazo de 30 días naturales (art 40).

Concluido el trámite y firmado el contrato entre el MINAE y el oferente, se entregará copia

del expediente al Área de Conservación y FONAFIFO ejercerá el control y seguimiento de los proyectos (art 41). El MINAE podrá solicitar la suspensión de la aplicación de los pagos por servicios ambientales e iniciar gestiones administrativas y legales correspondientes para declarar el incumplimiento e iniciar la recuperación de los dineros (art 42). Los profesionales firmantes de los estudios técnicos son los únicos responsables de la veracidad de la información. (art 43).

El FONAFIFO podrá otorgar directamente a las **organizaciones forestales** debidamente acreditadas los recursos para el pago por servicios ambientales. El pago será otorgado contra la presentación de proyectos individuales a cada organización y esta a su vez los entregará entre los asociados que participen. FONAFIFO definirá por Área de Conservación las organizaciones autorizadas.

Estas deben solicitarlo por escrito cumpliendo con:

- a) demostrar estar legalmente constituidas
- b) certificación de personería
- c) demostrar experiencia exitosa comprobable
- d) no tener deudas pendientes
- e) contar con una estructura organizativa para la ejecución de los proyectos
- f) no tener obligaciones pendientes con el MINAE o alguno de sus órganos adscritos
- g) disponer de un marco estratégico donde los **proyectos a desarrollar constituyan parte de un Programa Regional de Desarrollo Forestal**

- h) comprometerse a no cobrar más del 18 por ciento del monto que corresponde a cada beneficiario por los servicios

Cumplidos los anteriores requisitos el FONAFIFO emitirá una resolución de autorización (art 47).

En este sentido, sería deseable reformar el artículo anterior a efectos de incluir expresamente a las asociaciones cooperativas u otras organizaciones vinculadas al sector agroforestal y estipular que los proyectos a desarrollar deben constituir parte de los programas de apoyo a las actividades agroforestales sostenibles. No obstante, debe señalarse que el FONAFIFO ha interpretado de manera amplia este artículo y ha concertado convenios con Centros Agrícolas Cantonales, fundaciones y otras organizaciones que cuentan con un componente forestal, aunque este no consiste en su principal actividad.

Disposiciones adicionales se encuentran en los artículos 60 y siguientes del reglamento. En particular, el artículo 63 en su párrafo final permite que el Fondo Nacional de Financiamiento Forestal establezca a favor de los beneficiarios montos diferenciados de los pagos de servicios ambientales, según la zona, modalidad, oferta y demanda cuando así lo ameriten por razón de oportunidad y conveniencia.

El sistema opera mediante la promulgación anual de dos instrumentos legales: el decreto con los montos; categorías; cantidades de hectáreas disponibles y otros tópicos; y el

Manual de Procedimientos (Resolución o Acuerdo del FONAFIFO) que contempla los aspectos operativos del PSA.

Por medio del Manual para el Pago de Servicios Ambientales (Acuerdo del FONAFIFO-publicado La Gaceta del 6 de marzo del 2009 y sus reformas, puesto en vigencia de manera anual), se estipulan las condiciones y procedimientos para otorgar el pago por servicios ambientales, incluyendo cláusulas de los contratos, requisitos, etc.

El Manual de Procedimientos para el Pago de Servicios Ambientales, regula entre otros elementos: áreas mínimas y máximas a cubrir; beneficiarios (individuales y a través de organizaciones); obligaciones de los mismos; requisitos y procedimiento para acceder al pago; emisión y entrega del pago para cada una de las diferentes modalidades, inscripciones en el registro⁶, etc. También dispone sobre el seguimiento y el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones contractuales y requiere que los beneficiarios realicen las labores silviculturales, según el esquema propuesto, así como que implementen medidas de prevención y control de plagas y enfermedades e incendios forestales. Igualmente, dispone sobre la suspensión en caso de incumplimientos. El Manual incluye anexos con formatos e indicaciones para las actividades que regula, incluyendo los diferentes tipos de contratos a ser firmados.

Por su parte, el Decreto No 35762-MINAET publicado en La Gaceta del 22 de febrero

⁶ Según la consulta C-038-2002 del 11 de febrero del 2002 de la Procuraduría, las afectaciones a las propiedades pueden inscribirse aunque no lo sean por el plazo de 20 años, al ser diferente el instituto del pago por servicios ambientales del certificado de conservación del bosque del artículo 22 de la Ley Forestal. Sobre la necesidad de la inscripción registral, cfr el Dictamen C-336-2006.

del 2010, establece los montos a pagar por servicios ambientales para cada modalidad, las cantidades de hectáreas, plazos de los contratos, etc.

El decreto fija la cantidad de hectáreas disponibles para el pago de servicios ambientales según las diferentes modalidades vigentes (artículo 1). En este momento se reconocen las modalidades de PSA para: reforestación; regeneración natural tipo Mecanismo de Desarrollo Limpio; protección de bosque; protección de bosque en vacíos de conservación; y sistemas agroforestales. EL FONAFIFO podrá variar esta distribución de acuerdo con la oferta de solicitudes que ingresen a cada modalidad. En caso de dispone de una mayor asignación de recursos, según lo establece el artículo 5 de la Ley 8114 y otros recursos financieros provenientes de proyectos en negociación, o por otros ingresos que capte el FONAFIFO para el pago de servicios ambientales, se distribuirán según criterio de los donantes y del FONAFIFO.

El decreto prevé los montos pagar por hectárea son los siguientes (art 2):

- Protección de bosque: 320 dólares desembolsados en un plazo de 5 años, prorrogables por 5 años más.
- Protección del recurso hídrico en las zonas de importancia hídrica identificadas por el Departamento de Aguas y el FONAFIFO: 400 dólares por hectárea desembolsados en un periodo de 5 años y prorrogables por 5 años más.
- Manejo de bosques en los cuales se realizó la cosecha de acuerdo a los Estándares de Sostenibilidad para el Manejo de Bosques Naturales: Principios, Criterios e Indicadores; el Código de Buenas

Prácticas y el Manual de Procedimientos asociados: 250 dólares desembolsados en un plazo de 5 años.

- Protección de bosque en zonas de vacíos de conservación identificado por el SINAC y el FONAFIFO: 375 dólares desembolsados en un período de 5 años, prorrogable por otros cinco años más.
- Reforestación: 980 dólares desembolsados en un período de 5 años.
- Reforestación mediante regeneración natural en potreros: 205 dólares desembolsados en un período de 5 años.
- Recuperación de áreas mediante regeneración natural en pastos y potreros deforestados antes del 31 de diciembre de 1989: 320 dólares desembolsados en un período de 5 años. Estos proyectos se podrán realizar sólo en áreas definidas como tierras prioritarias para un proyecto de aforestación bajo el Mecanismo de Desarrollo Limpio u otro que reconozca un pago adicional por créditos de carbono que el FONAFIFO pueda comercializar.
- Reforestación integrados a sistemas agroforestales un pago por árbol por 1.30 dólares desembolsado en un plazo de 3 años.

Es importante destacar que la modalidad SAF existente es la única en la cual no se paga por hectárea y si por árbol nuevo sembrado, lo que en particular ha sido limitante al no permitir un reconocimiento integral por los servicios ambientales que los sistemas establecidos brindan. El potencializar la consolidación de los SAF-Café establecidos en función de su importancia en el mantenimiento de servicios

y productos sostenibles es el propósito central que persigue la propuesta de establecimiento de una categoría nueva de PSA-SAF-Café.

Se faculta al FONAFIFO a establecer montos diferenciados a los señalados en el artículo anterior, de conformidad con acuerdos, convenios o contratos con entidades donantes o socios que reconozcan montos mayores a los establecidos para los diferentes servicios ambientales (artículo 3). El artículo 8 del decreto prevé que el Fondo realizará el pago de servicios ambientales con fondos captados por instituciones públicas y privadas, por la utilización de servicios ambientales generados por los bosques y las plantaciones forestales, que contribuyan a la protección del recurso hídrico para consumo humano, riego o hidroeléctrico, las condiciones de los mismos serán las establecidas por los convenios y contratos formalizados para tal efecto.

El decreto establece las áreas prioritarias para el trámite de presolicitudes y el pago en las diferentes categorías antes mencionadas (art 4); los plazos de vigencia de los contratos y las cesiones (art 5) y las condiciones de los desembolsos, incluyendo sus respectivos tractos (art 6). Se autoriza al FONAFIFO a considerar y aprobar proyectos de PSA en todas las modalidades y según las prioridades a todos los poseedores y propietarios que se encuentren dentro de la zona fronteriza creada mediante el inciso f de la Ley de Tierras y Colonización (No. 2825).

Finalmente, la Ley No 8640 publicada en La Gaceta del 5 de junio del 2006 (Convenio de Préstamo No. 7388 entre el Gobierno de Costa Rica y el Banco Mundial conocido como proyecto “ Ecomercados II”), regula algunos aspectos operativos y legales de los PSA, especialmente en su artículo 9.

El artículo 9 establece (Autorización):

“Autorízase al FONAFIFO para que pague servicios ambientales en la modalidad de protección de bosque, a los poseedores de bosques en las áreas prioritarias establecidas por el SINAC.

La posesión ha de ser continua, pública y pacífica. El poseedor del inmueble al que se le reconozca el pago de servicios ambientales, en los términos de este artículo, deberá demostrar la posesión decenal sobre el inmueble con antelación a la fecha de vigencia de esta Ley. Para estos efectos, deberá acreditar la protección del recurso bosque de manera que se configure la posesión ecológica.

Adicionalmente, para acreditar la posesión, el poseedor deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a) Presentar certificación del plano catastrado del inmueble en posesión o plano elaborado por el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA). Sin excepción alguna, los planos catastrados que se aporten deberán ser certificados por el MINAE, por medio del SINAC, el cual dará fe de si el inmueble se encuentra dentro de áreas silvestres protegidas o fuera de ellas.

b) Carta de venta protocolizada ante notario público, con la fecha cierta de la adquisición del inmueble, si tal fue el modo de adquisición o ser poseedores censados por el IDA, declarados beneficiarios y adjudicatarios. En caso de que el poseedor sea originario o no tenga los documentos de traspaso con las formalidades establecidas, deberá presentar la declaración jurada de tres testigos que documenten en forma detallada, el origen y las actividades de la posesión ejercida. Estas declaraciones deberán constar en escritura

pública. También podrá presentar cualquier otro documento sobre procesos judiciales o ante instituciones públicas que demuestren con claridad la posesión del terreno.

c) Declaración jurada, ante notario público, del poseedor solicitante que contenga: descripción de la naturaleza del inmueble, ubicación por provincia, distrito, cantón, caserío o población local, indicación de los nombres completos de todos los colindantes actuales, número de plano catastrado, medida, tiempo de poseerlo, modo de adquisición y descripción de los actos posesorios.

d) Declaración jurada, autenticada por abogado, de al menos tres de los colindantes del inmueble, en la que indiquen conocer de la posesión con el colindante, y no tener conflicto ni disputa por dicha colindancia o sus mojones, cercas o similares. En los casos en que el límite sea natural o un camino público, no se requiere presentar declaración. Cuando el limitante sea una entidad pública, bastará una nota oficial por parte de la autoridad que corresponda, donde se indique lo estipulado en este artículo. Si la colindancia es con un área protegida, solo procederá la presentación de una nota emitida por el director del área de conservación respectiva.

e) El Estado, por medio del FONAFIFO y en todos los casos por los mecanismos que este determine, deberá hacer una inspección en el inmueble donde se ejerce la posesión“.

3. Pago a Poseedores de Bosques

Asimismo, es importante mencionar el caso de los poseedores de bosques. En virtud del Dictamen C-249-97 del 24 de diciembre de 1997 de la Procuraduría General de la República, el cual consideró como inconveniente la información para perpetua memoria a efectos de acreditar la posesión decenal sobre un terreno- al existir un trámite específico en nuestro ordenamiento como lo es el de información posesoria y que ofrece mayores garantías, como la participación de la Procuraduría General de la República y de terceros, por vía de la publicación de edicto, en resguardo de intereses públicos y privados- se modificó el artículo 89 del reglamento a la Ley Forestal primero en lo relativo a los requisitos para solicitar permisos de aprovechamiento forestal y, posteriormente, los decretos y resoluciones relacionados con el pago de servicios, en el sentido de exigir la titularidad del inmueble (propiedad, arrendamiento, o sentencia firme en el caso de informaciones posesorias). Lo anterior había excluido a los poseedores del esquema del PSA.

No obstante, el decreto No 30761 MINAE- del 4 de octubre del 2002 modificó tal situación al permitir a proyectos **de conservación de bosques** en terrenos amparados a posesión, acceder al pago de servicios ambientales en la modalidad de protección (adiciona un art 107 al reglamento de la Ley⁷).

⁷ No obstante, la consulta **C-038-2002** del 11 de febrero del 2002 de la Procuraduría parece dar a entender que el pago solo procede en terrenos inscritos.

Según este artículo (modificado por decreto 33852 del 22 de mayo del 2007), los proyectos de conservación de bosque en terrenos amparados al derecho de posesión, podrán ser cubiertos por el programa de Pago de Servicios Ambientales, en la modalidad protección.

Para optar al Programa de pago de servicios ambientales y demostrar la titularidad de la posesión, en terrenos sin inscribir, se deberá presentar certificación judicial de la existencia de sentencia firme en el trámite de información posesoria correspondiente que acredite el derecho de posesión. Los poseedores legalmente acreditados deberán cumplir además con los siguientes requisitos:

- a) Presentar plano catastrado del inmueble debidamente certificado, o plano elaborado por el Instituto de Desarrollo Agrario-IDA.
- b) Carta de venta protocolizada ante notario público con fecha cierta de la adquisición del inmueble, si este fuese el modo de adquisición o poseedores censados por el Instituto de Desarrollo Agrario, declarados beneficiario y adjudicatarios. En caso de que el poseedor sea originario o no tenga los documentos de traspaso con las formalidades establecidas, deberán presentar la declaración jurada de tres testigos que en forma detallada documenten el origen, y actividades de la posesión ejercida. Estas declaraciones deberán ser en escritura pública. También podrá presentar cualquier otro documento sobre procesos judiciales o ante instituciones públicas que demuestren con claridad la posesión del terreno.
- c) Declaración jurada ante notario público del poseedor solicitante que contenga: descripción de la naturaleza del inmueble,

ubicación por provincia, distrito, cantón caserío o población local indicación de los nombres completos de todos los colindantes actuales, número de plano catastrado, medida, tiempo de poseer, modo de adquisición y descripción de los actos posesorios.

- d) Declaración jurada en escritura pública de todos los colindantes del inmueble en la que indiquen que conocen de la posesión con el colindante, de que no tienen conflicto ni disputa por dicha colindancia o sus mojones, cercas o similares. En aquellos casos en que el límite sea natural o un camino público no requiere la presentación de declaración. En caso de que el limitante sea una entidad pública, bastará con una nota oficial, por la autoridad que corresponda, en donde se indique lo estipulado en este artículo. Si la colindancia es con un área protegida, solo procederá la presentación de una nota emitida por el Director del Área de Conservación respectiva.
- e) El Estado a través del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal (FONAFIFO) en todos los casos por medio de los mecanismos que este determine, deberá hacer una inspección en el inmueble donde se ejerce la posesión. En aquellas fincas que se encuentren dentro de áreas silvestres protegidas declaradas, deberá presentarse una nota de no objeción por el Director del Área de Conservación respectiva.

Cumplidos los anteriores requisitos, FONAFIFO, publicará en el Diario Oficial La Gaceta, durante dos días consecutivos, un edicto, otorgando un plazo de 10 días hábiles para oír oposiciones, de no presentarse ninguna o de rechazarse las presentadas,

se firmará el correspondiente contrato. En caso de que los argumentos del opositor, demuestren un conflicto por el inmueble, el expediente quedará archivado en forma inmediata, y las partes deberán acudir a la vía judicial correspondiente. FONAFIFO, podrá realizar publicaciones agrupadas al menos una vez al mes.

Es deber del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal mantener un registro actualizado de los proyectos de pago de servicios ambientales aprobados bajo la modalidad de posesión, con la información necesaria para identificación de los mismos, con respaldo de un sistema de información geográfica

Según conversaciones con funcionarios del FONAFIFO no se otorgarán nuevos PSA en modalidad de protección para poseedores⁸.

Esta limitación es importante para el establecimiento de un PSA para SAF-Café, en el tanto, para ser coherentes con el sistema, se requeriría tener un título de propiedad o información posesoria con sentencia firme.

4. Pago a Sistemas Agrofo-restales.

Es de particular interés para esta consultoría lo relativo a la modalidad o categoría de pago por servicios ambientales en el caso de sistemas agroforestales, decreto No 30962-MINAE publicado en La Gaceta del 3 de febrero del 2003.

Los considerandos del decreto son ilustrativos respecto a la viabilidad legal de considerar el componente arbóreo de los SAF a efectos de recibir el PSA. Se indica claramente lo siguiente:

- “Que el componente **arbóreo de los SAF es una de las formas de plantación** que presta efectivamente los servicios ambientales definidos en la Ley Forestal, en sus artículos 69 y 3 inciso k.
- Que la Ley Forestal en su artículo 46 incluye los **SAF dentro de los procesos a ser financiados a través del FONAFIFO**
- Que los SAF juegan un papel primordial en el combate de la degradación de tierras, el manejo integrado de cuencas y como corredores biológicos, contribuyendo efectivamente a un proceso de desarrollo económico, social y ambientalmente sostenible.
- Que los SAF han sido estudiados e investigados por muchos años y sus ventajas y beneficios ampliamente difundidos y reconocidos en innumerables publicaciones científicas, proyectos e instituciones en el ámbito nacional e internacional.
- Que los agricultores demandan alternativas de reforestación que respondan mejor a sus necesidades y que les permitan satisfacer su seguridad alimentaria enfrentar con éxito las nuevas tendencias de los mercados“ .

⁸ No obstante, véase lo dispuesto en el artículo 10 del reglamento 35762-MINAET respecto al pago a poseedores en la zona fronteriza.

El objetivo de la compensación de los sistemas agroforestales se encuentra orientado para la plantación de especies arbóreas forestales maderables o de uso múltiple (art 4.)

Para la plantación de árboles forestales en sistemas silvoagrícolas se pagará un monto por árbol de 230 colones, el cual será actualizado anualmente (art 5), siendo actualmente de un dólar treinta centavos. Los sistemas agroforestales que son sujetos al pago de servicios ambientales son (art 6):

- a). cultivos perennes de árboles
- b). árboles en hileras
- c). cortinas rompevientos
- d). plantaciones en bloques menores a una hectárea
- e). otros sistemas silvopastoriles y silvoagrícolas

El pago se desembolsará durante los 3 primeros años de la siguiente forma: 65 por

ciento el primer año, 20 por ciento el segundo y 15 por ciento el tercero (art 7)⁹.

El beneficiario, cooperativa de autogestión u organización deberá presentar el Área de Conservación respectiva un plan de establecimiento de SAF para su debida aprobación y control. Dicho plan deberá ser elaborado por un ingeniero forestal debidamente avalado por el Colegio de Ingenieros Agrónomos. La supervisión estará a cargo de un regente forestal, debidamente avalado por el Colegio de Ingenieros Agrónomos. Ambos profesionales deberán contar con experiencia en agroforestería (art. 8).

Las fincas con sistemas agroforestales beneficiarias del pago por servicios deben contribuir al manejo integrado de las cuendas hidrográficas (art 12). Se seleccionaran los beneficiarios que reúnan el mayor número de los siguientes requisitos: ambientales; sociales y económicos.

El máximo a financiar por beneficiario es de 3500 árboles por año.¹⁰ En el caso de proyectos globales, cooperativas de autogestión y en

9 Para el caso de proyectos SAF el primer desembolso se hará una vez firmado el respectivo contrato y que se certifique de parte del regente forestal el establecimiento de los árboles y su fecha promedio de plantación. Decreto No 35762-MINAET citado, artículo 6.

10 El Manual de Procedimientos establece en su artículo 3.8 que para los SAP presentados en proyectos conjuntos, cooperativas de autogestión y en Reservas (sic) Indígenas, la cantidad máxima será de cien mil árboles siempre que no sobrepase el rango establecido en el punto 3.7 (350 árboles mínimo y 3500 máximo).

reservas (sic) indígenas el máximo es de 333.000 árboles por año.

5. La Ley para el Desarrollo, Promoción y Fomento de la Actividad Agropecuaria Orgánica, No 8591 del 28 de junio del 2007 y el Reconocimiento de Beneficios Ambientales a la actividad orgánica.

La Ley citada contiene algunas disposiciones que son de relevancia. Esta Ley es de interés social y tiene por objeto asegurar el cumplimiento de los objetivos de desarrollo, promoción, fomento y gestión de la actividad agropecuaria orgánica; fortalecer los mecanismos de control y promoción de los productos derivados de la actividad agropecuaria orgánica; así como procurar la competitividad y rentabilidad de los mismos (art. 1).

La Ley incluye innovaciones en la legislación costarricense, como es el reconocimiento del aporte ambiental que hace la actividad agropecuaria orgánica por medio del Régimen de Beneficios Ambientales Agropecuarios (RBA), y la legitimación de la certificación participativa como mecanismo para garantizar la condición orgánica de los productos orgánicos nacionales. Se configura como un instrumento claro y preciso que obliga al Estado a defender y preservar esta actividad, en busca de un mayor bienestar para todos los habitantes de la nación, y para el desarrollo económico de todas las personas agricultoras orgánicas, en especial para las personas definidas como micro, pequeñas y medianas agricultoras orgánicas y sus familias, con el reconocimiento expreso de esta actividad como de interés público.

La ley se encuentra estructurada en diez capítulos, con 41 artículos bajo. Se define como **“Actividad agropecuaria orgánica:** toda actividad agropecuaria y su agroindustria,

que se sustente en sistemas naturales para mantener y recuperar la fertilidad de los suelos, la diversidad biológica y el manejo adecuado del recurso hídrico, y que propicie los ciclos biológicos en el uso del suelo. Desecha el uso de agroquímicos sintéticos, cuyo efecto tóxico afecta la salud humana y el ambiente, así como el uso de organismos transgénicos. Esta actividad, además de contribuir al equilibrio ambiental, tiende a un equilibrio sociocultural de las formas de organización comunitaria indígena y campesina, integra a las prácticas actuales los conocimientos tradicionales, genera condiciones laborales justas, defiende el derecho de las personas a producir alimentos sanos y prioriza el uso de recursos locales”.

De conformidad con esta Ley, el Estado reconoce la actividad agropecuaria orgánica como prestadora de servicios ambientales y por ende sujeto del pago por este concepto.

El MAG por medio del Programa Nacional de Extensión Agropecuaria y del Programa de Fomento de la Producción Agropecuaria Sostenible para el Reconocimiento de los Beneficios Ambientales Agropecuarios establecerá los mecanismos para tales reconocimientos, que se dirigirán prioritariamente a las personas y organizaciones de personas definidas como micro, pequeñas y medianas agricultoras orgánicas. Con el fin de financiar los estudios que den las bases para el reconocimiento económico por beneficios ambientales en el sector agropecuario orgánico, el MAG utilizará los recursos establecidos en esta Ley, así como aquellos de que disponga por medio del “Programa de Fomento de la Producción Agropecuaria Sostenible” (art 23).

La Ley destina un monto específico para el pago de servicios ambientales a los

productores orgánicos mediante la reforma al primer párrafo del artículo 5 de la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias, N.º 8114 de 4 de julio del 2001, para que se lea así:

“Artículo 5.- Destino de los recursos

Del producto anual de los ingresos provenientes de la recaudación del impuesto único sobre los combustibles, se destinará un treinta por ciento (30%) a favor del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) un tres coma cinco por ciento (3,5%), exclusivamente para el pago de servicios ambientales, a favor del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal- (FONAFIFO), y un cero coma uno por ciento (0,1%) para el pago de Beneficios Ambientales Agropecuarios, a favor del Ministerio de Agricultura y Ganadería para el financiamiento de los sistemas de producción agropecuaria orgánica según lo regulado por la ley específica. El destino de este treinta y tres coma seis por ciento (33,6%) tiene carácter específico y su giro es de carácter obligatorio para el Ministerio de Hacienda. (...)”

Recientemente el decreto No. 35242-MAG-H-MEIC publicado en La Gaceta del 4 de junio del 2009, reglamenta la aplicación de la ley, incluyendo lo relacionado con el Reconocimiento de Beneficios Ambientales, a cargo de la Unidad Técnica para el Reconocimiento de Incentivos para la Agricultura Orgánica (art. 29). Los Beneficios se pagarán por un máximo de tres años sujetos al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Presentar ante la Unidad la solicitud respectiva
- Estar certificado como productor orgánico o estar registrado como productor en transición ante el Órgano de Control o una agencia certificadora

- Presentar el formulario AI-01 para definir la condición como micro, pequeños o mediano productor orgánico (art 33). El mismo consiste en reconocer un monto base por año, por productor que será determinado por la Unidad Técnica en el mes de diciembre de cada año y comunicado por la vía del decreto ejecutivo. El monto será revisado anualmente por la Unidad (art 34). Los pagos serán girados mediante transferencias previa resolución positiva de la Unidad a la solicitud presentada (art 35).

Aunque en el presente caso, el RBA constituye un esquema diferente al PSA del FONAFIFO y se limita a actividades orgánicas, es importante mencionarlo en el tanto configura un ejemplo de la progresiva incorporación en el ordenamiento jurídico nacional del reconocimiento de las ventajas ambientales asociadas a actividades agrícolas sostenibles.

6. Programa de Fomento a la Actividad Agropecuaria Sostenible.

La Ley No 8408 del 2005 crea el Programa de Fomento a la Actividad Agropecuaria Sostenible. El objetivo general del Programa es incrementar los ingresos y mejorar la calidad de vida de las familias de los pequeños y medianos productores agropecuarios, a través del fomento de la competitividad de los sistemas de producción agropecuaria sobre una base económica y ambientalmente sostenible. Como reconocimiento de los beneficios ambientales generados por el Programa, se ofrecerán como incentivo un mínimo del veinte por ciento (20%) de los costos de inversión (excluyendo la mano de obra) de cada agricultor para todos los proyectos aprobados. Para proyectos que exijan una mayor inversión en obras específicamente de protección ambiental (control de cárcavas,

entre otros), se podrá reconocer el costo de dichas obras, siempre que el total de los reconocimientos no exceda el treinta por ciento (30%) de las inversiones en la finca. De esta manera, los proyectos con mayores niveles de inversión en obras ambientales recibirán un reconocimiento mayor de los costos totales de inversión de cada proyecto. El Programa lo administra el Ministerio de Agricultura por medio de una unidad ejecutora.

7. Ley de Conservación, Uso y Manejo de Suelos, su reglamento y normativa conexas para la protección del recurso suelo.

Por su parte, la Ley de Conservación, Uso y Manejo de Suelos No 7779 publicada en La Gaceta del 21 de mayo de 1998, tiene como objetivo principal proteger, conservar y mejorar los suelos en gestión integrada y sostenible con los demás recursos naturales, mediante el fomento y la planificación ambiental adecuada (art. 1). Se declara de interés público la acción estatal y privada para el manejo, conservación y recuperación de los suelos (art. 3).

Para el cumplimiento de las atribuciones que en esta materia le otorga la Ley citada, el Ministerio de Agricultura debe de pronunciarse sobre los efectos e impactos ambientales en el recurso suelo de todas las concesiones de aguas para fines agropecuarios, de hidrocarburos y de gas natural y explotaciones forestales. Se pronunciará específicamente sobre la posible degradación o contaminación de los suelos debida a la actividad (art. 6 inciso g). La Ley dispone la existencia de un Plan Nacional de Manejo y Conservación de Suelos para las tierras de uso agroecológico el cual contendrá lineamientos generales de carácter vinculante y de acatamiento obligatorio en cuanto realicen o ejecuten programas o proyectos que incidan en el uso de tales tierras (art. 11).

Este Plan Nacional tiene como objetivos determinar los usos del territorio nacional y las zonas aptas para las actividades diferentes de acuerdo con los factores agropecuarios y socioeconómicos de las regiones (art. 13 inciso a); también debe de establecer criterios para la evaluación del impacto ambiental sobre las tierras, que las otras instituciones con competencias en la materia deberán de seguir (mismo artículo inciso e). La ley contempla planes de manejo, conservación y recuperación por áreas, basados en los lineamientos del Plan Nacional, tomando como criterio básico la cuenca o subcuenca hidrográfica (art. 15). Estos Planes por área contendrán aspectos tales como la definición de áreas críticas por cuenca o subcuenca, las cuales constituyen una limitante para cualquier actividad (art. 16 inciso a).

La Ley también exige que en áreas declaradas como críticas sean públicas o privadas, los dueños de los terrenos deberán forzosamente aplicar todas las medidas y prácticas que conlleven a la recuperación de los suelos y la preservación del ambiente en general (art 20).

Según el artículo 22 las concesiones para el aprovechamiento de aguas destinadas a cualquier uso, deberán incluir la obligación del usuario de aplicar las medidas técnicas adecuadas de manejo de agua para evitar la degradación del suelo, por erosión, revenimiento, salinización, hidromorfismo u otros efectos perjudiciales. Cuando se otorguen permisos de explotación o una concesión de explotación del subsuelo en áreas de aptitud agrícola, la empresa o persona física permisionaria o concesionaria deberá incluir un estudio de impacto ambiental, el plan de trabajo y el plan de inversiones con los rubros correspondientes para lograr la recuperación del suelo, cuando se destruya o deteriore con las obras de explotación o extracción (art. 25).

La Ley prevé la emisión conjunta de normas técnicas por parte del Ministerio de Salud, el Ministerio de Ambiente y Energía¹¹ y el Ministerio de Agricultura, para las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas cuyas actividades puedan causar contaminación de los suelos (art 28). El Ministerio de Agricultura en coordinación con el MINAET, deberá reglamentar y controlar la utilización perjudicial de productos, maquinaria, herramientas e implementos que puedan perjudicar las características, físicas, químicas o biológicas de los suelos (art. 30). Toda actividad que implique riesgo de contaminación de los suelos deberá basarse en una planificación que evite o minimice el riesgo de contaminación de tal recurso (art. 32). El Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Ministerio de Ambiente, coordinados por el Ministerio de Salud, deberán dictar las medidas y los criterios técnicos para manejar los residuos de los productos de fertilización y agrotóxicos (artículo 33).

Los particulares sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, están obligadas a acatar las medidas en materia de conservación y manejo de suelos dictadas por el MAG en coordinación con el MINAET y en general están obligadas a conservar y recuperar los suelos (arts. 41 y siguientes). Incluso tratándose de degradación de los suelos causada por aguas, los propietarios, arrendatarios o poseedores de tierras por cualquier título, deben aplicar todas las medidas que aumenten la capacidad de infiltración en sus terrenos o la evacuación de las aguas sobrantes hacia cauces naturales (art. 44).

Dicha ley se encuentra reglamentada por decreto No 29375-MAG-MINAE-S-HACIENDA-MOPT, del 8 de agosto del 2000, publicado en La Gaceta No 57 del 21 de marzo del 2001, del cual resultan relevantes las disposiciones sobre contaminación de aguas y suelos.

El Ministerio de Salud en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Energía y con el Ministerio de Agricultura, dictará las disposiciones técnicas a las que deben sujetarse las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuyas actividades puedan causar contaminación de los suelos. Para evitar y minimizar la contaminación de los suelos y las aguas, deberá dosificarse, almacenarse, disponerse y manejarse todo tipo de agroquímicos y sus recipientes, usados, lixiviados industriales, agroindustriales, urbanos, desechos artificiales, animales, vegetales o de otro orden, de acuerdo con la mejor tecnología disponible, de manera tal que no produzcan efectos dañinos para los agroecosistemas, los recursos naturales en el suelo, agua, aire ni residuos en los productos alimenticios. Asimismo, resulta importante citar el artículo 94 sobre el deber de las personas físicas o jurídicas cuyas actividades pueden causar contaminación del suelo, agua y aire, de sujetarse al ordenamiento jurídico sobre la materia y al presente reglamento. Todo cambio de uso del suelo agrícola debe contar con la autorización del MAG (art 56).

En síntesis, algunas de las disposiciones relacionadas con la protección del recurso suelo son las siguientes:

“ Los propietarios, arrendatarios, o poseedores de tierras, por cualquier título, tienen la obligación de prevenir la degradación de los suelos que pueda ser causada por las aguas, para lo cual deberá aplicar todas las prácticas que aumenten la capacidad de infiltración en sus terrenos o la evacuación de las aguas sobrantes hacia cauces naturales. Esta obligación se extiende a la de prevenir o impedir la contaminación de acuíferos o capas de agua subterránea.» (art 44, Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos).

“Para evitar y minimizar la contaminación de los suelos y las aguas, deberá dosificarse, almacenarse, disponerse y manejarse todo tipo de producto agroquímico (fertilizantes, insecticidas, plaguicidas, fungicidas, herbicidas, etc.) y sus recipientes usados, lixiviados agroindustriales, industriales, urbanos, desechos artificiales, animales, vegetales, o de otro orden, de acuerdo con la mejor tecnología disponible, de manera tal que no produzcan efectos dañinos para los agroecosistemas, los recursos y riquezas naturales en el suelo, agua, aire, ni residuos en los productos alimenticios.» (art 69, del Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos).

“Quienes ejerzan actividad en los suelos deberán aplicar todas las prácticas que aumenten la capacidad de infiltración en sus terrenos o la evacuación de las aguas residuales o pluviales hacia los cauces naturales, previniendo la contaminación de acuíferos, aguas superficiales o marítimas, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N° 7779, Ley General de Salud y Reglamento de Reuso y Vertido de Aguas residuales Decreto Ejecutivo No. 26042-S-MINAE» (art 79 del Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos).

“Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuyas actividades pueden causar contaminación del suelo, agua y aire, deberán sujetarse en el ordenamiento jurídico sobre la materia y el presente reglamento.» (artículo 94 del reglamento).

“Los propietarios, arrendatarios o poseedores de tierras por cualquier título, tienen la obligación de realizar el manejo de sus fincas, según la mejor tecnología disponible para prevenir la degradación, erosión y contaminación de suelos y aguas.» (artículo 102 del reglamento).

Respecto al suelo, según el artículo 53 de la Ley Orgánica del Ambiente son criterios para proteger y aprovechar el suelo, entre otros, los siguientes:

- La relación adecuada entre el uso potencial y la capacidad económica del suelo y del subsuelo
- El control de las prácticas que favorezcan la erosión y otras formas de degradación
- Las prácticas u obras de conservación de suelos y aguas que prevengan el deterioro del suelo.
- Los criterios anteriores deben de aplicarse:
- En la determinación de usos, reservas y destinos del suelo
- En los servicios de apoyo, de naturaleza crediticia, técnica o investigativa que otorgue la Administración Pública a las actividades ligadas al uso del suelo
- En los planes, los programas y los proyectos de conservación y uso de los suelos

¹¹ El reglamento interno del MINAET establece que le corresponderá al SINAC cumplir con las obligaciones en materia de suelos contempladas en esta Ley.

- En el otorgamiento, la modificación, la suspensión o la revocación de permisos, concesiones o cualquier otro tipo de autorización sobre el aprovechamiento del suelo y del subsuelo (art 54).

La metodología de capacidad de uso del suelo, esta definida mediante el decreto No 23214 MAG MIREM publicado en La Gaceta del 6 de junio de 1994, siendo tal metodología de acatamiento obligatorio (art 2).

Si bien es cierto, el artículo 3 inciso k no hace referencia expresa a la protección del recurso suelo como servicio ambiental que puede prestarse¹², el mismo puede considerarse incluido en la referencia general a la “biodiversidad ”.

En todo caso, un esquema SAF-Café permitiría facilitar el cumplimiento de las disposiciones anteriores de la Ley de Suelos y su reglamento aún y cuando se considerará que el servicio ambiental de conservación del suelo no se encuentra incluido en el listado de las actividades del artículo 3 inciso k.

8. Reglamento para la producción, industrialización y comercialización de café sostenible No. 30938–MAG del 25 de noviembre del 2002 y sus reformas.

Aunque este reglamento no resulta directamente de interés para el marco legal del PSA, si resulta relevante traerlo a colación como un esfuerzo del sector cafetalero para compatibilizar sus actividades con los principios

del desarrollo sostenible, en especial con la preservación de la biodiversidad y el recurso hídrico. En gran medida el espíritu detrás de un sistema de SAF-Café es reconocer el papel de este agroecosistema en la mitigación del cambio climático y la preservación de la diversidad biológica (incluyendo la conservación de suelos y del recurso hídrico).

Según el artículo 1 del decreto, para la “ aplicación del presente Reglamento, la cadena de producción de café sostenible debe ser socialmente justa, ecológica y económicamente viable, estableciéndose como principios rectores u orientadores en la producción de café sostenible, los siguientes:

- 1) Promover la reducción, reutilización y el reciclaje de desechos, para mejorar la fertilidad del suelo.
- 2) Fomentar el uso de tecnologías eficientes, que utilicen energía renovable.
- 3) **Fomentar e intensificar los ciclos biológicos dentro del sistema de producción de café, ello comprende la flora y la fauna del suelo, las plantas y los animales.**
- 4) **Mantener e incrementar la fertilidad de los suelos cafetaleros.**
- 5) Cumplir con la legislación local y convenciones internacionales ratificadas por la Asamblea Legislativa de Costa Rica

relacionadas con salarios y beneficios de empleados.

- 6) Protección de los trabajadores contra los peligros en el lugar de trabajo.
- 7) Mantener e incrementar la calidad de taza del café.
- 8) **Estimular la preservación de la biodiversidad y la conservación del suelo y el agua.**
- 9) **Utilización de sistemas de producción de café donde se favorezcan la interacción entre sus componentes para obtener un sistema cerrado en lo que respecta a la materia orgánica y la fertilidad del suelo.**
- 10) **Procurar en forma gradual el menor uso de agroquímicos así como otras prácticas que favorezcan la conservación de los recursos naturales y productivos, tales como control biológico, protección de cuencas y conservación del suelo, en los sistemas de producción de café.**
- 11) La producción, industrialización y la comercialización de café sostenible buscarán, en la medida en la que el mercado lo permita, alcanzar un beneficio integral a las comunidades rurales incrementando los ingresos del productor, expandiendo las oportunidades de empleo y capacitación, y tratando de mejorar la infraestructura y los servicios públicos.

IV. CONCLUSIONES.

De la lectura del marco legal descrito se pueden extraer las siguientes conclusiones de interés:

- Las competencias legales del FONAFIFO se encuentran establecidas en el artículo 46 de la Ley Forestal (a nivel reglamentario se cuenta con algunas disposiciones en los artículos 54 y ss del reglamento a la Ley Forestal, pero no son de interés mencionarlas). Las mismas resultan amplias y dentro de las actividades que la Ley indica deben ser apoyadas por el Fondo se encuentran las relacionadas con los sistemas agroforestales.
- La definición de sistema agroforestal de la Ley Forestal resulta suficientemente amplia para incluir dentro de sus alcances a los SAF- Café. En todo caso, cualquier propuesta debe orientarse a reconocer el pago de servicios ambientales prestados por los árboles- según la definición de la legislación descrita- existentes en un sistema agroforestal de café.
- La Ley Forestal permite el pago de servicios ambientales derivados de bosques y plantaciones forestales. Esta disposición ha permitido crear la categoría de PSA para SAF al considerar que los árboles plantados se encuentran contemplados bajo el concepto de plantación. De manera armónica con este propósito debe considerarse que el artículo 28 de la Ley Forestal- que prevé la exclusión de

¹² El proyecto de Ley Valoración y Retribución de Servicios Ambientales discutido durante la administración Rodríguez Echeverría, expresamente incluía la referencia al servicio ambiental de protección y recuperación de suelos.

permisos de aprovechamiento para árboles plantados- se refiere a las plantaciones forestales, determinando que están **incluidos** los sistemas agroforestales y los árboles plantados individualmente.

- La legislación forestal no establece que un PSA para SAF requiera que los árboles deban ser plantados posteriormente a la solicitud para optar por el respectivo beneficio¹³. Por ende, los árboles plantados a ser comprendidos dentro del SAF-Café pueden estar presentes en las fincas con anterioridad a la creación de la respectiva modalidad o categoría y a la correspondiente solicitud de PSA. La legislación pretende reconocer un servicio ambiental (de los enumerados en el artículo 3 inciso k), y no solamente promover la plantación de nuevos árboles. En el tanto los SAF-Café presten dichos servicios (protección del agua, biodiversidad y sumideros de carbono, etc.) y se cumpla con la definición de árbol forestal del reglamento a la Ley, no se esta en presencia, de una limitante legal que obligue a exigir la plantación de nuevos árboles para optar por el beneficio.
- La existencia misma de la categoría de SAF, en su versión actual, respalda esta interpretación. El fundamento legal para su creación, en el sentido de que los árboles plantados constituyen una forma de plantación según el artículo 3 inciso k y 69 de la Ley Forestal, permitiría el establecimiento de una categoría o

modalidad que no necesariamente debe considerar el pago por árbol plantado, sino reconocer la existencia de árboles integrados a SAF y compensar los mismos por hectárea. Este aspecto del decreto vigente resulta más una decisión de política pública y operativa, antes que un imperativo legal que impida un pago a los SAF por hectárea a árboles cultivados de previo.

- En el tanto se trate de pago a los servicios ambientales de árboles, según la definición del reglamento a la Ley Forestal, no se presentaría un inconveniente jurídico para la procedencia del reconocimiento. Es decir, se trataría de compensar el componente arbóreo del SAF. Evidentemente, que dada la particularidad del cultivo arbustivo leñoso que representa el cafetal esta implícito un mayor impacto positivo en cuanto a servicios ambientales, en especial fijación de carbono y conservación de suelos en comparación con otros usos productivos.
- El sistema ha evolucionado de manera que se han adicionado diferentes modalidades. A grosso modo el mecanismo inició con las categorías de conservación de bosques; reforestación y manejo de bosques. Históricamente el mismo ha incorporado gradualmente nuevas categorías, tales como los sistemas agroforestales; los PSA para protección del recurso hídrico; vacíos de conservación y regeneración natural, para indicar algunos.

- El reglamento a la Ley de Biodiversidad, Decreto No. 34433-MINAE publicado en La Gaceta del 8 de abril del 2008, incorpora en el ordenamiento jurídico el concepto de enfoque ecosistémico (artículo 3 inciso d); este criterio permite sustentar la inclusión de servicios ambientales para sistemas agroforestales de café. Igualmente, la legislación nacional ha progresivamente ampliado el concepto de reconocimiento de beneficios ambientales para actividades agropecuarias, por ejemplo, a la actividad agropecuaria orgánica mediante la Ley de Fomento de la Actividad Agropecuaria Orgánica del 2007 y la Ley 8408 ha creado un esquema de “ Reconocimiento de Beneficios Ambientales” para actividades agropecuarias sostenibles en general.
- Lo anterior parte de una interpretación histórica (la forma como ha evolucionado el sistema y el mecanismo SAF actual); sistemática y teleológica (los fines de la norma: la compensación de un servicio ambiental prestado) de la legislación.
- En conclusión, el marco legal vigente y su adecuada interpretación, resulta adecuado para incluir una nueva categoría o modalidad de PSA: SAF- Café, para lo cual deberían modificarse el decreto que establece las diferentes categorías sujetas al pago y el Manual de PSA, con respecto a los aspectos técnicos y operativos.
- Considerando la forma como se encuentra estructurado el sistema vigente para el PSA, según se extrae de los diferentes decretos, la Ley Forestal y resoluciones del Fondo, y en particular de la experiencia del SAF, un decreto que creará una nueva modalidad debería al menos considerar los siguientes aspectos:

1. Categoría/modalidad
2. Objetivo
3. Criterios técnicos/condiciones a ser cumplidas
4. Monto a ser pagado/cantidades de hectáreas previstas para el PSA.
5. Plazo de los contratos y de las afectaciones.
6. Máximos y mínimos de ha a ser pagados por tipo de beneficiario.
7. Periodicidad de los desembolsos.
8. Criterios de priorización para el otorgamiento del PSA SAF-Café, incluyendo las de naturaleza geográfica, ambiental, social y económica.
9. Elaboración y seguimiento de los Informes Técnicos (ingeniero forestal y regencias).
10. Requisitos y tipos de beneficiarios. En particular los casos de cooperativas y otras organizaciones.
11. Remisión al Manual para los aspectos operativos necesarios.
12. Factibilidad de la creación de PSA SAF-Café específicos respecto a un servicio ambiental particular (ejemplo, para protección de suelos y agua en zonas estratégicas donde estos servicios ambientales son fundamentales) con sus correspondientes criterios, etc
13. Reformas conexas a otros decretos si es del caso.

¹³ El artículo 8.11 del Manual estipula que únicamente se aceptará para el pago por servicios ambientales a proyectos SAF cuya plantación haya sido establecida como máximo doce meses antes de la formalización del contrato.

TUTELA JURIDICA DE LOS ECOSISTEMAS DE HUMEDAL

Mario Peña Chacón, MSc.¹
Consultor Legal Ambiental

Misión: “la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales, regionales y nacionales y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo” COP8 de Ramsar, 2002).

Aproximadamente el 40% de la población mundial vive en un radio de cien kilómetros de la línea costera, área que representa únicamente el 20% de la superficie terrestre del planeta. Costa Rica cuenta con 589.000 km² de mar territorial, con una longitud de costa de 210 kilómetros en el Caribe y 1.106 kilómetros en el Pacífico, la población de la línea costera representa el 5% del total de habitantes del país.

Costa Rica posee más de 350 sitios de humedales, los cuales cubren 350.000 hectáreas, lo cual representa el 7% del total del territorio nacional, y se cuenta actualmente con once sitios Ramsar. Debido a lo irregular de la topografía, más del 90% de los humedales se encuentran a menos de 500 metros de altitud, concentrándose entonces su ubicación en las planicies costeras y las llanuras de la zona norte del país.

Todos los tipos de humedales tropicales conocidos se encuentran presentes en el territorio costarricense. En las partes montañosas, lagos de origen glacial, y en las laderas de las cordilleras se encuentran pequeñas lagunas y turberas, algunas de

ellas ocupando antiguos cráteres volcánicos. También se haya extensos bosques anegados, así como pantanos de palmas los cuales se localizan en las planicies costeras. Se ubican además, humedales con dependencia hidrológica de la descarga de ríos, así como aquellos que dependen de forma exclusiva de la lluvia. Corales y pastos marinos se ubican tanto en la costa pacífica como la caribeña formando pequeños arrecifes, los cuales actualmente enfrentan problemas debido a la sedimentación. Los manglares concentrados en su mayoría en la costa pacífica, cubren al menos 40.000 hectáreas, mientras que en la zona norte se concentran más de 65.000 hectáreas de pantanos herbáceos, los cuales son utilizados por miles de aves acuáticas, residentes y migratorias.

I. HUMEDALES. GENERALIDADES.

I.1. Características, importancia y beneficios.

Los humedales son unidades ecológicas, sumamente frágiles, que llevan a cabo una gran cantidad de procesos naturales de importancia para la humanidad y para el propio sistema ecológico, constituyen un importante sitio de

¹ mariopena@racsa.co.cr

alimentación, refugio y reproducción para una gran variedad de especies silvestres, por lo que reviste especial relevancia su protección y conservación.

Son ecosistemas complejos y frágiles, constituidos por una serie de componentes físicos, químicos y biológicos, que corresponden a suelos, aguas, especies animales y vegetales y nutrientes, los cuales asociadas a la presencia fluctuante o intermitente de flujos de agua, determinan la biodiversidad del medio.

Dentro de los beneficios que proporcionan los humedales se encuentran: el suministro de agua tanto para la explotación directa como para la recarga de acuíferos por infiltración; regulación de flujos de suma importancia para el control de inundaciones; prevención y protección contra el ingreso de aguas saladas que afecten aguas subterráneas y aguas dulces superficiales; protección contra las fuerzas de la naturaleza como tormentas, huracanes, etc.; retención de sedimentos, nutrimentos y tóxicos; fuente suplidora de productos naturales como madera, los derivados de la vida silvestre y acuáticos como moluscos, crustáceos y peces; producción de energía; transporte; conservación, recreación y turismo; investigación y educación; biodiversidad y patrimonio cultural; paisaje y belleza escénica; y mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.

Los arrecifes coralinos y los manglares son los ecosistemas más productivos del mundo, junto con los estuarios, los pastos marinos y las demás zonas marino costeras, por lo que se consideran lugares de gran importancia para la reproducción de especies marinas.²

Por tanto, poseen un gran valor ambiental, económico, social, cultural, científico y recreativo, razón por la cual su protección como bien jurídico, es fundamental para la sociedad, ya que su destrucción, menoscabo o pérdida, ocasiona grandes perjuicios a la humanidad.³

Debido a su relevancia, han sido objeto de regulación y protección tanto por parte del Derecho Internacional, como del interno, con el fin de equilibrar sus beneficios con las necesidades actuales de desarrollo y las de las generaciones venideras.

El interés por la protección de este tipo de ecosistemas se da a partir de la segunda mitad del siglo XX, y culminó con la adopción por parte de 18 países, el 02 de febrero de 1971, de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, mejor conocida como Convención Ramsar, la cual entró en vigor el 21 de diciembre de 1975. El objetivo principal de la Convención es la conservación y uso racional de los ecosistemas de humedal mediante acciones

2 En el mundo se explotan comercialmente cerca de 9.000 especies de peces, los cuales constituyen junto con los mariscos, la fuente primaria de proteína (30% a escala mundial) para cerca de mil millones de personas y muchas de estas especies dependen de los ecosistemas costeros para reproducirse.

3 En 1989 el área de manglar en Costa Rica se estimaba en 41.002 hectáreas y en 1993 en 30.000 hectáreas, lo cual implicó una reducción del 27% en cuatro años. Actualmente la extensión es de aproximadamente 40.000 hectáreas.

a tomar en el ámbito nacional e internacional por medio de la cooperación internacional, en consonancia con los principios propios del desarrollo sostenible.

I.2. Concepto jurídico de Humedal

Definir el concepto humedal es complejo y depende no solo de factores científicos, sino que también de aspectos económicos, sociales, políticos y culturales.

Desde un punto de vista ecológico, para que un ecosistema sea catalogado como humedal debe cumplir con las siguientes tres características: permeabilidad de los suelos; presencia de vegetación hidrófila; y una pendiente menor o igual al 5%. De esta forma, para demostrar su existencia se debe constatar la presencia de estos tres elementos.

La definición más generalizada y mayormente aceptada a nivel global es la contenida dentro del artículo 1, inciso 1 de la Convención Ramsar, la cual establece que: “*son humedales las extensiones de marismas, pantanos, y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros*”.

Esta definición, amplia y genérica, busca un mayor ámbito de protección de este tipo de ecosistema, pero al mismo tiempo, y como efecto no deseado, genera que los esfuerzos para lograr su conservación se conviertan, en muchos casos en dispersos y difíciles de cumplir. Es así que hasta los ríos pueden ser incluidos dentro del amplio concepto de humedales previsto en la Convención Ramsar.⁴

Por ello, lo ideal es que cada país posea su propia definición de humedal, de conformidad con su realidad natural, económica, política y cultural, pues del significado que se le de a este bien ambiental, dependerá el grado de protección que el ordenamiento jurídico le proveerá.

I.2.1. Definición de Humedal que adopta el sistema jurídico costarricense

Si bien, como se verá mas adelante, el tema de los humedales ha sido de tratamiento por parte de la legislación costarricense desde 1942 con la promulgación de la Ley de Aguas,⁵ lo cierto del caso es que, bajo el enfoque actual, es hasta el año 1992, con la puesta en vigencia de la Ley de Conservación de Vida Silvestre,⁶ que se adopta un definición jurídica de humedal. Al respecto el artículo 2 de la citada norma establece como humedal aquellas “*extensiones de marismas, pantanos,*

4 “Entre los ríos y los humedales existe una compleja interrelación en la cual éstos actúan como depósitos de aguas, carga y descarga de acuíferos o protección contra inundaciones o intrusión del mar. Los cambios en el régimen del río afectan a los humedales asociados y viceversa. Un pobre manejo de los caudales de un río afecta a los humedales asociados y viceversa. Un pobre manejo de los caudales de un río puede tener efectos significativos en los humedales asociados y su diversidad biológica y, a la vez, repercutir negativamente en la salud del río y de la cuenca.” Aguilar, A., Iza, A., “Gobernanza de aguas compartidas: aspectos jurídicos e institucionales”, UICN, San José, 2007, página 97.

5 Ley número 276 del 27 de agosto de 1942.

6 Ley número 7317 del 21 de octubre de 1992.

turberas o aguas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluyendo las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros". Como puede observarse, el legislador costarricense en este caso, copió textualmente la definición de humedal que da la Convención Ramsar que data de 1971⁷.

La anterior acepción es demasiado amplia y difícil de aplicar a los ecosistemas de humedal que se encuentran en el trópico, razón por la cual, durante el proceso de elaboración de la Estrategia de Conservación y Desarrollo Sostenible para los Humedales en Costa Rica⁸ en 1994, se desarrolló una definición adaptada a la realidad costarricense, la cual fue incorporada al ordenamiento jurídico por medio del artículo 40 de la Ley Orgánica del Ambiente⁹ de 1995, que al efecto establece: "*Definición de humedales. Los humedales son los ecosistemas con dependencia de regímenes acuáticos, naturales o artificiales, permanentes o temporales, lénticos lóticos, dulces, salobres o salados, incluyendo las extensiones marinas hasta el límite superior de fanerógamas marinas o arrecifes de coral o, en su ausencia, hasta seis metros de profundidad en marea baja*".

Siguiendo ésta última línea, de más reciente promulgación, la Ley de Pesca y Acuicultura¹⁰ define humedal de una forma aún más restrictiva: "*Ecosistema con dependencia de regímenes acuáticos, permanentes o temporales, lénticos o lóticos, dulces, salobres o salados, incluso las extensiones marinas hasta el límite posterior de fanerógamas marinas o arrecifes de coral, o en su ausencia, hasta seis metros de profundidad en marea baja*".¹¹

I.2.2. Humedales, esteros y manglares.

Distinguir entre estos tres conceptos es de suma importancia, ya que la dispersa legislación ambiental costarricense prevé distintos rangos de protección según se trate de uno u otro ecosistema.

Se parte de la idea que el concepto jurídico humedal, engloba ya de por sí los términos estero y manglar, bajo la premisa: "*Todo estero y todo manglar son un humedal, pero no todo humedal es un estero o un manglar*", pues el concepto humedal es muy amplio e incluye entre otros ecosistemas a los lagos de origen glacial, lagunas y turberas, bosques anegados, pantanos, corales y pastos marinos. De lo dicho anteriormente se deduce claramente que la relación entre humedal, manglar y

estero es de tipo "género – especie", donde el concepto genérico es humedal y las especies serían: manglar y estero.

El vocablo usual de estero se liga a los terrenos contiguos a una ría por los que se extienden las crecidas de las mareas. Son de bajo relieve, pantanosos, intransitables y pueden estar total o parcialmente cubiertos de plantas acuáticas y mangle, en cuyo caso se denominan manglares. El Reglamento de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre¹² en su artículo 2 define estero como: "*Terreno inmediato a la orilla de una ría por la cual se extienden las aguas de las mareas*". Por ría el decreto en mención entiende: "*Parte del río próxima a la entrada en el mar y hasta donde llegan las mareas*". *Es importante tomar en cuenta que el litoral se extiende por las rías y esteros permanentes hasta donde éstas sean sensiblemente afectadas por las mareas y presenten características marinas definidas*".¹³ Por su parte, el Reglamento a la Ley de Conservación de Vida Silvestre¹⁴ define estero como "*el depósito de agua salobre que penetra en el continente manteniendo comunicación con el mar, con 50 metros o menos de ancho en su desembocadura*".

Debido a su alta productividad, en los humedales estuarinos se concentran etapas postlarvales de un elevado número de especies comerciales en las que está basada la pesca artesanal y semi-industrial del litoral, actividades que constituyen el sustento

económico de muchas familias costarricenses. Su estructura trófica no solamente garantiza la supervivencia de las especies propias de aguas estuarinas, sino que también tiene implicaciones mediatas sobre la estructura trófica de especies comerciales de aguas más distantes. Los humedales estuarinos físicamente constituyen el hábitat de especies de fauna y flora silvestre, algunas de las cuales se encuentran en vías de extinción o con poblaciones reducidas.

Por su parte, se entiende por manglar aquella comunidad boscosa, de tierras anegadas o humedales, con plantas y árboles cuyo hábitat especial sea la ciénaga pantanosa, localizada particularmente en las desembocaduras de los ríos al mar o al océano, regularmente inundado por el efecto de las mareas.¹⁵ Los manglares dominan las hábitat costeros de las regiones tropicales y subtropicales, y caracterizan los ecosistemas estuarinos en estas regiones, constituyendo durante miles de años, un importante recurso económicos utilizado por las poblaciones costeras de los trópicos.¹⁶ Los manglares constituyen un componente de los sistemas estuarinos, de los que dependen gran cantidad de especies de fauna terrestre y marina, y donde crece un reducido número de especies vegetales de gran fragilidad y que cumplen importantes funciones ecológicas.¹⁷ Los manglares ocupan aproximadamente el 1% del territorio costarricense y se encuentran ubicados a lo largo de la costa Pacífica, principalmente en

7 Esta misma definición ha sido la adoptada por la jurisprudencia constitucional costarricense, al respecto puede consultarse el Voto Constitucional número: 2177 del año 1998.

8 Memorias del primer taller de trabajo y consulta para la Estrategia Nacional de Conservación y Desarrollo Sostenible de los Humedales. UICN-MIRENEM, Febrero de 1994. "La Estrategia Nacional de Humedales se desarrolló con el apoyo de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) y el financiamiento de la Embajada de los Países Bajos, la cual incluyó la consulta a diversos sectores desde las comunidades locales hasta los académicos y técnicos, la recopilación y ordenación de información técnica, científica y administrativa sobre los humedales, y además talleres de capacitación que, en su conjunto, originaron una serie de recomendaciones sobre los pasos a seguir para una gestión eficiente en los recursos asociados a estos ecosistemas". Aguilar, G., Iza, A., "Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica" UICN, San José, 2005, página 287.

9 Ley número 7554 del 04 de octubre de 1995.

10 Ley número 8436 del 01 de marzo de 2005

11 Artículo 2.18 de la Ley de Pesca y Acuicultura.

12 Decreto Ejecutivo número 7841-P del 16 de diciembre de 1977

13 Artículos 2 inc e, f y h del Decreto Ejecutivo 7841-P, en relación con el artículo 9 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre.

14 Decreto Ejecutivo número 32633 del 10 de marzo de 2005.

15 Artículo 2 inciso 22 de la Ley de Pesca y Acuicultura.

16 Aguilar, A, González, M. "Manual de Legislación sobre Humedales de Costa Rica", UICN, 1998, página 50.

17 Decreto Ejecutivo 22550-MIRENEM del 14 de setiembre de 1993, reformado por el Decreto Ejecutivo 23247 del 20 de abril de 1998

el Golfo de Nicoya, actualmente su extensión es de 40.000 hectáreas. El Reglamento de la Ley de Conservación de Vida Silvestre ofrece el significado jurídico de vocablo manglar “*Ecosistema dominado por grupos de especies vegetales pantropicales y típicamente arbóreas, arbustivas y vegetación asociada, las cuales cuentan con adaptaciones morfológicas, fisiológicas y reproductivas que permiten colonizar áreas sujetas al intercambio de mareas. El paisaje general está dominado por la presencia de bosques de diferentes especies de mangle, esteros y canales. Las concentraciones de salinidad varían según la estación climática y al aporte de aguas continentales encontrándose valores de concentración de sales desde muy bajos hasta muy altos*”.¹⁸

Los manglares deben su nombre al mangle que según la literatura técnica es reconocido como un tipo de árbol forestal de Costa Rica.¹⁹ El bosque de mangle de los humedales estuarinos está constituido por un número reducido de especies vegetales, por lo que se

constituye en un sistema de gran fragilidad, en los cuales las alteraciones ecológicas tienen consecuencias que van más allá de las regiones mediatas e inmediatas.

Por medio del Decreto Ejecutivo 22550 del 14 de setiembre de 1993, el cual fue reformado por el Decreto Ejecutivo 23247 del 20 de abril de 1994, los manglares fueron catalogados jurídicamente como humedales.²⁰

II. POLITICA CENTROAMERICANA PARA LA CONSERVACION Y USO RACIONAL DE LOS HUMEDALES.

La Política Centroamericana para la conservación y uso racional²¹ de los humedales fue propiciada en el marco regional de la Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centroamérica,²² y aprobada por el Consejo de Ministros de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo en el año 2002.

Este instrumento busca la conservación y la utilización racional de los humedales

18 Artículo 2 inciso 23 del Decreto Ejecutivo 32633 del 10 de marzo de 2005.

19 La Dirección General Forestal en la lista de árboles forestales de Costa Rica, la cual fue elaborada por el Ing. Rodrigo González Meza, reconoce seis tipos de mangle en Costa Rica, dentro de la lista de árboles a saber: Mangle (avicennia germinans), Mangle Blanco (bravaisi integerrima), Mangle Caballero (rhizophora mangle), Mangle de agua (bravaisia integerrima), Mangle Negro (conocarpus erecta), y Mangle Piñuela (pelliciera rhizophorae). Información extraída de la resolución TAA 659-02 de las 13 horas del 29 de agosto de 2002, del Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica.

20 “En el campo ecológico, sólo el hecho de tratarse de uno de los pocos sistemas boscosos de las zonas costeras y su valor de refugio para la fauna silvestre son motivo suficiente para resguardar estos ecosistemas. Es apreciable también su valor en el desarrollo de estados lavarles y juveniles de muchas especies comerciales, el mantenimiento de la calidad del agua en las zonas costeras y su papel en los procesos geomorfológicos de la zona costera. Incluso se ha afirmado que los manglares constituyen un frente de avance hacia el mar ganándole nuevas tierras o evitando la erosión de las ya existentes” Dictamen Jurídico C-102-96 de la Procuraduría General de la República de Costa Rica.

21 El “uso racional” de los humedales consiste en su uso sostenible para beneficio de la humanidad de manera compatible con el mantenimiento de las propiedades naturales del ecosistema. El “uso sostenible” de un humedal es aquel se da por parte de los seres humanos de modo que produzca el mayor beneficio continuo para las generaciones presentes, manteniendo al mismo tiempo su potencial para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras.

22 ALIDES establece como uno de sus objetivos “manejar adecuadamente las cuencas hidrográficas para garantizar los diversos usos de los recursos hídricos en calidad y cantidad”, e instruye “a las autoridades correspondientes sobre la actualización de los estudios sobre cuencas y humedales en Centroamérica a fin de preparar proyectos concretos para su aprovechamiento y uso sostenible”

de la región mediante la acción conjunta y armonizada de los países del área, así como el reconocimiento de sus beneficios económicos, sociales y ambientales para la población. Busca que los gobiernos, sociedad civil, sector privado y la cooperación internacional, en el ámbito regional y en materia de humedales, enmarquen sus compromisos y acciones dentro de las actividades propuestas, buscando reducir la duplicación de esfuerzos y contar con una meta común.²³

Es guiada por los principios de soberanía, responsabilidad compartida, cooperación, prevención de desastres, responsabilidad, precautorio, acceso a la información, equidad e integración. Dicha política revista especial importancia debido a la existencia en Centroamérica de 120 cuencas principales, de las cuales 23 son compartidas, y en 12 de ellas se encuentran humedales catalogados como prioritarios y dentro de éstas, 15 distintos sitios Ramsar.²⁴

La Política Centroamericana de Humedales incorpora el concepto de integración y por ello, incluye dentro de sus objetivos la coordinación con las acciones planteadas en el Plan Centroamericano del Agua aprobado en el año 2000, y el manejo integrado de cuencas hidrográficas compartidas con enfoque de manejo ecosistémico. A la vez, da prioridad a la participación informada de los actores directos y la necesidad e importancia del intercambio de información, educación y capacitación, con el fin de proteger y conservar los humedales

como contribución a la gestión de las cuencas hidrográficas centroamericanas.

Bajo este contexto, en el año 2001, Costa Rica aprobó su Política de Humedales que fue el resultado del esfuerzo conjunto entre su gobierno y la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN). El objeto primordial de esta política es fomentar la conservación y el uso racional de los ecosistemas de humedal mediante la acción coordinada de la sociedad y el Gobierno. Además se cuenta con un Programa Nacional de Humedales el cual crea un Consejo Nacional Asesor sobre Humedales, con participación de universidades, entes gubernamentales, organizaciones no gubernamentales, cuyo fin último es asegurar la conservación de este tipo de ecosistema y su uso racional.

III. PROTECCION INTERNACIONAL.

III.1. Exigibilidad judicial directa del derecho internacional ambiental.

En Costa Rica, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado

23 Aguilar, G., Iza, A, “Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica” UICN, San José, 2005, página 285.

24 En la cuenca del río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua se encuentran los Refugios de Vida Silvestre Los Guatuzos y Río San Juan (Nicaragua), así como los Refugios de Vida Silvestre Caño Negro y Humedal Caribe-Noreste (Costa Rica) todos ellos sitios Ramsar. Además, en la cuenca del río Sixaola entre Costa Rica y Panamá se encuentra el Refugio de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo (Costa Rica) y el Humedal San San- Pond Sak (Panamá) ambos sitios Ramsar.

acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.

Asimismo, los principios contenidos en Declaraciones Ambientales o “soft law” suscritas por Costa Rica gozan igualmente de plena ejecutoriedad, y la normativa de rango inferior, llámese leyes, decretos y reglamentos, deben ser acordes a ellos. Además, las regulaciones y principios contenidos en los Tratados y Convenios sobre Medio Ambiente, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento obligatorio.²⁵

Es posible afirmar entonces que los instrumentos internacionales ambientales suscritos por Costa Rica son legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa, esto implica que cualquier sujeto legitimado por el interés difuso de la protección del medio ambiente, está facultado a interponer acciones de inconstitucionalidad contra normativa inferior (leyes, reglamentos, decretos y actos administrativos) que contravengan tratados internacionales ambientales, sin necesidad de la existencia de un proceso judicial o administrativo pendiente. De igual forma, cualquier sujeto que se sienta afectado por la violación a un derecho fundamental contenido en un tratado internacional ambiental, incluso no ratificados

por Costa Rica, se encuentra legitimado para acudir a la vía del Recurso de Amparo en defensa del mismo.²⁶

III.2. Tratados Internacionales de importancia para la protección de humedales.

Si bien, la Convención Ramsar es el instrumento jurídico de mayor importancia para la protección y uso sostenible de los ecosistemas de Humedal, ello no obsta para que el tema sea tratado de forma transversal por otros convenios internacionales ambientales como los que a continuación se detallan.

III.2.1. Convenio para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América.

El primer instrumento internacional de protección indirecta a los humedales lo es la Convención para la Protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, suscrito en la ciudad de Washington el día 12 de octubre de 1940,²⁷ mucho antes que se elaborara la Carta de Naciones Unidas, y las Declaraciones de Estocolmo, Río y por supuesto Johannesburgo.

La Convención crea por primera vez categorías de manejo de áreas protegidas que han servido para proteger ecosistemas de

²⁵ Sobre el tema pueden consultarse las sentencias: 6240-93, 3435-92 y 5759-93, emanadas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

²⁶ Sobre el tema puede consultarse el ensayo escrito por este mismo autor denominado “La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental”, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, abril 2003, número 94, México, y en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 28 de marzo de 2006, año IX, Argentina, www.elDial.com

²⁷ Fecha de entrada en vigencia del Convenio 30 de abril de 1942.

humedales, tales como: parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, y reservas de regiones vírgenes, destaca la protección que debe darse a la flora y la fauna, y dicta las primeras normas para la vigilancia y reglamentación para el comercio internacional de especies protegidas de flora y fauna o de sus productos, lo que posteriormente adopta la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de flora y fauna silvestres, conocida como Convenio CITES.

Respecto a la protección de humedales la convención establece en su preámbulo lo siguiente:

“Deseosos de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, y los lugares donde existen condiciones primitivas de los casos a que esta Convención se refiere; y”

“Deseosos de concertar una Convención sobre la protección de la flora, la fauna, y las bellezas escénicas naturales dentro de los propósitos arriba enunciados, han convenido en los siguientes artículos:”

De igual forma, el artículo I.1 de la Convención establece como definición de Parque Nacional:

“Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial.”

²⁸ “El texto original de la Convención ha sufrido cambios sustanciales en cuanto a las disposiciones administrativas, no así en su parte dispositiva”. Aguilar, A, González, M. “Manual de Legislación sobre Humedales de Costa Rica”, UICN, 1998, página 15.

Por último, el artículo V de la Convención establece:

“1. Los Gobiernos contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y la fauna dentro de sus respectivos territorios y fuera de los parques nacionales y reservas nacionales, monumentos naturales y de las reservas de regiones vírgenes mencionadas en el Artículo II. Dichas Reglamentaciones contendrán disposiciones que permitan la caza o recolección de ejemplares de flora y fauna para estudios o investigaciones científicas, por individuos y organismos debidamente autorizados.

2. Los Gobiernos contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos la adopción de leyes que aseguren la protección y conservación de los paisajes, las formaciones geológicas extraordinarias y las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico.”

III.2.2. Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas

Mejor conocido como Convenio Ramsar, fue firmado en Irán el día dos de febrero de 1971, entrando en vigor el 21 de diciembre de 1975. Costa Rica la ratificó mediante la ley número 7224 del 09 de abril de 1991.²⁸

En su preámbulo, la Convención Ramsar reconoce la interdependencia del hombre y de su medio ambiente, considera las funciones ecológicas fundamentales de los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos, y en tanto que son hábitat de flora y fauna características y particularmente, de las aves acuáticas, considerando a los humedales como un recurso natural de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida sería irreparable.

El objetivo de la Convención es la conservación y el uso racional de los humedales tanto mediante acción a nivel nacional como por medio de la cooperación internacional, con el fin de contribuir al desarrollo sostenible.

Con la aprobación de este Convenio los países signatarios se comprometieron a: unir esfuerzos para formular políticas nacionales relativas a la conservación y al uso racional

de los humedales;²⁹ designar los humedales adecuados del territorio que se incluirán en la lista³⁰ y colaborar en el manejo de los humedales compartidos y de las especies migratorias compartidas;³¹ elaborar y aplicar sus planes de gestión de forma que favorezcan la conservación de las zonas húmedas inscritas en la lista y a la explotación racional de sus humedales;³² favorecer la conservación de los humedales por la creación de reservas naturales;³³ fomentar la investigación e intercambio de datos y de publicaciones relativas a las zonas húmedas, a su flora y fauna; favorecer la formación de personal competente para el estudio, la gestión y el cuidado de zonas húmedas;³⁴ consultar con las otras Partes sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención,³⁵ así como el deber de coordinar y apoyar activamente sus políticas y reglamentos actuales y futuros relativos a la conservación de humedales, de su flora y su fauna.

29 En febrero de 2001, Costa Rica aprobó su Política de Humedales, una de las primeras en el mundo. De igual forma mediante el decreto ejecutivo 28059-MINAE se estableció el Programa Nacional de Humedales.

30 Costa Rica posee más de 320 sitios de humedales, los cuales cubren 350.000 hectáreas, lo cual representa el 7% del total del territorio nacional, y se cuenta actualmente con once sitios Ramsar. En caso que un país signatario deba retirarse o reducir un humedal de la lista, la Parte Contratante deberá compensar cualquier pérdida de los recursos de humedales y deberá crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección, en la misma región o en otro sitio, de una parte adecuada del hábitat anterior. Esta última disposición del Convenio Ramsar se encuentra en consonancia con lo establecido por el artículo III de la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América conocida como Convención de Washington, suscrita el 12 de octubre de 1940, el cual dispone que los Gobiernos contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente.

31 El artículo 5 de la Convención Ramsar reconoce la necesidad de promover el manejo integrado de los humedales, que en ocasiones pueden ser transfronterizos formando parte de cuencas hidrográficas compartidas.

32 De conformidad con el artículo 43 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554 del 04 de octubre de 1995, para realizar cualquier tipo de actividad que afecte los ecosistemas de humedal es necesario contar con una Evaluación de Impacto Ambiental

33 La Ley Orgánica del Ambiente en su artículo 41 declara de interés público los humedales y su conservación, por ser de uso múltiple, estén o no protegidos por las leyes que rijan esta materia. De igual forma, el artículo 32 del mismo cuerpo legal designa a los humedales como una categoría especial de áreas silvestre protegida.

34 Mediante el decreto ejecutivo 28059-MINAE, Costa Rica estableció el Programa Nacional de Humedales.

35 "Las Partes Contratantes celebrarán consultas sobre el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la Convención, especialmente en el caso de un humedal que se extienda por los territorios de más de una Parte Contratante o de un sistema hidrológico compartido por varios de ellas. Al mismo tiempo, se esforzarán por coordinar y apoyar activamente las políticas y regulaciones actuales y futuras relativas a la conservación de los humedales y de su flora y fauna". Artículo 5 de la Convención Ramsar.

La definición de humedal que da la Convención presenta problemas a la hora de su implementación y protección por ser demasiado amplia y difícil de aplicar a los ecosistemas de humedal que se encuentran en el trópico, razón por la cual Costa Rica adaptó dicha definición a su propia realidad ambiental, económica, cultural y política.

El concepto Ramsar de "uso racional" se adoptó en la tercera reunión de la Conferencia de las Partes, celebrada en Regina, Canadá, 1987, y continuamente se han actualizado las directrices que permitan alcanzar ese objetivo. El "uso racional" de los humedales consiste en su uso sostenible para beneficio de la humanidad de manera compatible con el mantenimiento de las propiedades naturales del ecosistema. El "uso sostenible" de un humedal es aquel se da por parte de los seres humanos de modo que produzca el mayor beneficio continuo para las generaciones presentes, manteniendo al mismo tiempo su potencial para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras.³⁶

La séptima Conferencia de las Partes resaltó la función de los humedales en el ciclo hidrológico y el control de la contaminación, por lo que se promovió la elaboración y aplicación de políticas nacionales y también la colaboración internacional para potenciar la conservación de la diversidad biológica, la gestión integral de las cuencas hidrográficas transfronterizas y el uso racional de los humedales compartidos.³⁷

Otro logro de la séptima Conferencia de las Partes de la Convención Ramsar fue la Resolución VIII.8, la cual establece los lineamientos para establecer y fortalecer la participación de las comunidades locales y los pueblos indígenas en el manejo de los humedales.

La Convención Ramsar permanece indefinidamente abierta a la firma, actualmente cuenta con 154 Partes Contratantes, 1655 sitios Ramsar, los cuales abarcan 151.023.324 hectáreas.³⁸

III.2.3. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural

Por otra parte, encontramos la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural presentada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su décimo séptima reunión, celebrada en París, del 17 al 21 de octubre de 1972.³⁹

Su fin es la protección del patrimonio cultural y natural amenazado por la destrucción por causas tradicionales de deterioro y por la evolución de la vida social y económica. Considera que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural, donde encuadra el concepto humedal, constituyen un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo y que su

36 UICN, Convenios Internacionales relacionados con los Humedales y el Medio Marino de Mesoamérica, página 3.

37 Aguilar, G., Iza, A., "Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica" UICN, San José, 2005, página 283.

38 www.ramsar.org

39 Fecha de entrada en vigencia del Convenio 17 de diciembre de 1975

protección debe ser un esfuerzo tanto nacional como internacional. Establece que incumbe a la colectividad internacional entera participar en la protección del patrimonio cultural y natural con valor universal excepcional, prestando asistencia colectiva. Como artículos de especial relevancia relativos a la protección de los humedales se encuentran:

Artículo 2. A efectos de la presente Convención se considerará "patrimonio natural":

Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o grupos de estas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

Artículo 4. Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención, reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que se disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.

III.2.4. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre.

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, mejor conocida como Convenio CITES, suscrita en Washington el día 3 de marzo de 1974, misma que entró en vigencia el día primero de julio de 1975, en su preámbulo reconoce que la fauna y la flora silvestres, incluidas aquellas que dependen de los ecosistemas de humedal, en sus numerosas, bellas y variadas formas, constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales sobre la Tierra, tienen que ser protegidos para esta generación y las venideras; también reconoce el creciente valor de la flora y la fauna silvestres desde los puntos de vista estético, científico, cultural, recreativo y económico.

III.2.5. Convención sobre Diversidad Biológica.

El Convenio sobre Diversidad Biológica suscrita en Río de Janeiro el 13 de junio de 1992, entrada en vigencia el 29 de diciembre de 1993, tiene como objetivos la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado de los recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes. Define "diversidad biológica" como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprendiendo la diversidad de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas. En

su preámbulo reconoce el valor intrínseco de la diversidad biológica y de sus valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos, así como la de sus componentes.

Las Resoluciones VII.5 y VII.28 de la séptima conferencia de las partes, realizada del 9 al 20 de febrero del 2004, de la Convención sobre Diversidad Biológica, en relación con los ecosistemas de humedal, establecen lo siguiente:

- a. *"Integrar las Áreas Protegidas en paisajes terrestres y marinos más amplios de manera de mantener la estructura y función ecológicas."*
- b. *"Regenerar y rehabilitar los hábitat y los ecosistemas degradados, según proceda, como contribución a la creación de redes ecológicas, corredores ecológicos y/o zonas intermedias."*
- c. *"Establecer políticas y mecanismos institucionales con la plena participación de las comunidades indígenas y locales, para facilitar el reconocimiento legal y la administración eficaz de las áreas conservadas por las comunidades indígenas y locales, de manera consecuente con los objetivos de conservar tanto la diversidad biológica como los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales."*
- d. *"Utilizar los beneficios sociales y económicos generados por las áreas protegidas para aliviar la pobreza, en*

concordancia con los objetivos de la administración de áreas protegidas."

- e. *"Intensificar y afianzar la participación de las comunidades indígenas y locales y de todos los sectores interesados."*
- f. *"Prevenir y mitigar los impactos negativos de amenazas graves a áreas protegidas aplicando evaluaciones de impacto ambiental a todo plan o proyecto con el potencial de producir efectos sobre las áreas protegidas..."*

III.3. Otros tratados relacionados.

Además, de manera indirecta los humedales son protegidos por otras convenciones internacionales, tales como: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres prioritarias de América Central, Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias, Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe, Convenio para la protección de la Capa de Ozono, Convenio Constitutivo de la Organización Latinoamericana de Desarrollo Pesquero, entre muchas otros.

IV. TUTELA CONSTITUCIONAL.

Los humedales como elemento integrante del ambiente, encuentran su asidero constitucional en los artículos 21, 89 y 50 de la Constitución Política de la República de Costa Rica,⁴⁰ así como de la aplicación directa de los Tratados Internacionales y Declaraciones Ambientales que forman parte del Derecho Internacional Ambiental.

El numeral 21 de la Constitución Política establece el derecho a la vida, y como su derivación directa el derecho a la salud, ya que el primero es la razón de ser y explicación última del segundo.

El artículo 89 constitucional expone *“Entre las fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico”*.

Por último, los párrafos segundo y tercero del artículo 50 constitucional rezan *“Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”*.

El ordenamiento jurídico costarricense le permite a todos sus ciudadanos, la vía procesal constitucional del recurso de amparo, para

la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política y el Sistema Internacional de Derechos Humanos, de igual forma, toda persona está facultada a interponer acciones de inconstitucionalidad contra normativa inferior (leyes, reglamentos, decretos y actos administrativos) que contravengan normas o principios constitucionales, o bien, tratados internacionales, sin necesidad de la existencia de un proceso judicial o administrativo pendiente.

De esta forma mediante el voto número 5255-1998 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, manifestó respecto a la protección constitucional de los ecosistemas de humedal lo siguiente:

“Esta Sala, en reiterada jurisprudencia ha manifestado la importancia de proteger el medio ambiente, sobre todo, después de la reforma del artículo 50 de la Constitución Política, en que se tiene una verdadera disposición concreta que garantiza el derecho a un ambiente sano y lógicamente a su protección, además de dar una efectiva protección a los humedales, como en caso que nos ocupa.”

Para proteger este bien jurídico, la Sala Constitucional se ha valido, no solo del derecho al ambiente previsto en la Constitución Política, sino que también ha echado mano de tratados internacionales que versan sobre la materia:

“También Costa Rica suscribió la denominada “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, llamada

también “Convención Ramsar” (firmada en Ramsar el 2 de febrero de 1971). En el artículo 4 de ésta se establece: Cada parte contratante fomentará la conservación de las zona húmedas y de las aves acuáticas creando reservas naturales en los humedales, estén o no inscritos en la “Lista”, y atenderá de manera adecuada su manejo y cuidado...”. Tenemos entonces que nuestro país se ha comprometido internacionalmente a mantener inviolables las reservas de regiones vírgenes y humedales...”⁴¹

Para delimitar su objeto de tutela, la Sala ha optado por la definición de humedal que ofrece el Convenio Ramsar:

“... La Convención citada define a los humedales como: extensiones de marismas, pantanos, turberas o aguas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluyendo las extensiones de agua marina cuya profundidad de marea baja no exceda los seis metros.”⁴²

Además, el Tribunal Constitucional ha sido conciente de la importancia que poseen estos ecosistemas para el ser humano y lo ha plasmado en sus sentencias:

“Los humedales se encuentran formados por una serie de componentes físicos, biológicos, químicos, que corresponden a suelos, agua, especies animales, vegetales y nutrientes. Los procesos que se producen entre estos

componentes y dentro de cada uno de ellos, permite que el humedal realice ciertas funciones, positivas en la zona en que se ubica, tales como el control de inundaciones y la protección contra fenómenos naturales como las tormentas. Genera también productos en beneficio de las personas y de la sociedad en general, tales como: mantenimiento de la vida silvestre, pesquería y recursos forestales. La importancia de los humedales, entre otros, estriba entonces dada su naturaleza para los países que fomentan su desarrollo y conservación, lo es el sostenimiento de gran cantidad y variedad de hábitat, con impactos socio-económicos favorables para ciertos sectores de la población que se dediquen a su explotación racional y la aparición de un singular paisaje identificable plenamente por su gran belleza y diversidad en cuanto a la vida silvestre que forman parte de su patrimonio cultural, fuente importante para el turismo de un país o región...”⁴³

En su papel protector, el Tribunal Constitucional ha impedido la reducción territorial de áreas de humedal, fundamentado tanto en el derecho interno como en tratados internacionales:

“...Existen también normas contenidas en convenios internacionales que regulan el tipo de zonas de conservación a las que se hace referencia, entre ellas la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas “Convención Ramsar”, suscrita el 02 de febrero de 1971, aprobada por la Asamblea

40 Vigente desde el 08 de noviembre de 1949

41 Voto número 5255-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

42 Voto número 5255-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

43 Voto número 5255-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Legislativa mediante Ley número 7224 del 02 de abril de 1991, y la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los países de América, aprobada mediante Ley número 3763 del 19 de octubre de 1976. En fin, contrario al criterio externado por la Procuraduría General de la República, la creación y delimitación de la Zona Protectora Tivives tiene su fundamento en el Decreto Ejecutivo número 17023-MAG, cuya cabida reformó la norma ahora impugnada, decreto que, por las razones dichas, no quedó derogado implícitamente por la derogatoria de la Ley número 4465 por Ley 7575. En consecuencia lo que procede es acoger la acción de inconstitucionalidad planteada y anular el artículo 71 de la Ley 7575, Ley Forestal del 13 de febrero de 1996”.⁴⁴

Sobre el mismo tema, la Sala ha exigido la existencia previa de una Evaluación de Impacto Ambiental que faculte a la Asamblea Legislativa a reducir un área silvestre protegida de humedal:

“... la Asamblea Legislativa no puede aprobar válidamente la reducción de la superficie de una zona protectora, sin contar antes con estudio técnico que justifique su decisión. Dicha actuación deviene contraria a la Constitución Política por violación al principio de razonabilidad constitucional en relación con los artículos 121, inciso 1) y 129 de la Constitución Política”.⁴⁵

En otra resolución, el Tribunal Constitucional protegió la integridad territorial de un área silvestre protegida de humedal, al impedir

el paso de una carretera dentro de su circunscripción territorial:

“La construcción y funcionamiento de una carretera que atraviesa una zona de tanta importancia ecológica, no puede ser permitida por los órganos del Estado ya que atenta contra intereses superiores de la colectividad que no pueden ser sacrificados cuando existe la posibilidad de tomar medidas alternativas que eviten el deterioro y el incumplimiento de los objetivos de la creación de los Parques Nacionales...”⁴⁶

En cuanto a la obligatoriedad de realizar una evaluación de impacto ambiental de previo a toda actividad, proyecto u obra que afecte un ecosistema de humedal, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto 2001-938 determinó lo siguiente:

“Así, el otorgamiento de permisos de obra cuando existe de por medio, proyectos de desarrollo, humedales, entre otros, debe hacerse en estrecha relación con las autoridades de SETENA, quien es la encargada de velar y aprobar las transformaciones humanas sobre el medio ambiente, para que éstas garanticen la sostenibilidad ambiental para futuras generaciones, lo que, en el mejor de los casos, la entidad accionada, resolvió inadvertidamente, permitiendo que el proyecto iniciara y su desarrollador ejecutara más allá de sus facultades y sin lo autorizado por el SETENA”.

Por último, y de gran importancia para la protección de este tipo de ecosistemas, el

44 Voto número 7294-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

45 Voto número 7294-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

46 Voto número 2918-1999 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

tribunal constitucional determinó mediante el voto 12817-2001, el hecho de que todos los terrenos que se inundan son humedales protegidos, aunque no formen parte de un área silvestre protegida creada por el Estado costarricense:

“Ahora bien, si en el caso en concreto el MINAE certifica que la propiedad del amparado no se encuentra dentro de un Área Silvestre Protegida, según las áreas administradas por éste, ello no implica en forma alguna que el humedal encontrado no deba ser protegido. Debemos recordar que el Convenio Internacional suscrito por nuestro país que establece la obligación del Estado Parte de fomentar la conservación de las zonas húmedas y de las aves acuáticas creando reservas naturales en los humedales, ya sea que estén o no en la “Lista” y de atender de manera adecuada su manejo y cuidado tiene plena vigencia para el presente caso. Lo anterior no quiere decir que el derecho a un medio ambiente sano esté por encima del derecho a la vida, como se puede pretender hacer ver, sino que existen formas para hacer coexistir ambos, ya que en todo caso, el mismo ambiente sano coadyuva al derecho a la salud y a la vida, es parte de éste precisamente, pero lo anterior, en protección de ambos bienes jurídicos, debe realizarse en una actuación coordinada con las autoridades estatales competentes, en este caso, Ministerio de Salud Municipalidad y Ministerio de Ambiente y Energía”.

V. PROTECCION POR PARTE DEL DERECHO INTERNO

V.1. Normativa de carácter general

Las normas marco o generales que regulan los ecosistemas de humedal se encuentran contenidas en la Ley Orgánica del Ambiente, la cual en su artículo 32 designa a los humedales como una de las categorías de áreas silvestres protegidas.⁴⁷

Las áreas silvestres protegidas son zonas geográficas delimitadas, constituidas por terrenos públicos, privados o de propiedad municipal, mixta, humedales y porciones de mar. Se declaran como tales por el hecho de albergar ecosistemas de importancia, o especies amenazadas, o bien por su significado histórico o cultural. Estas áreas se dedican a la conservación y protección de la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general.⁴⁸

El Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Ambiente y Energía, es el encargado de establecer áreas silvestres protegidas, en cualquiera de las siguientes categorías de manejo: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, humedales y monumentos naturales. Estas categorías de

47 “Los humedales constituyen un ecosistema y no debería ser considerados como una categoría de manejo como tal.” Cabrera, J., “Manual de Legislación Ambiental Costarricense”, Editorial Jurídica Continental, San José, 2006, página 73.

48 Artículos 58 y 60 de la Ley de Biodiversidad Ley número 7788 del 30 de abril de 1998 y artículo 35 de la Ley Orgánica del Ambiente.

manejo son administradas por el Ministerio de Ambiente y Energía. Las municipalidades colaboran en la preservación de estas áreas. El 60% del total de los humedales costarricenses se encuentran dentro de alguna de las categorías de áreas silvestres protegidas.

Bajo la categoría de área silvestre protegidas, los humedales son creados vía legislativa, o bien, por medio de Decreto Ejecutivo, y requieren previamente de: estudios preliminares fisiogeográficos, de diversidad biológica y socioeconómicos que lo justifiquen; definición de objetivos y ubicación de área; estudio de factibilidad técnica y tenencia de la tierra; financiamiento mínimo para adquirir el área, protegerla y manejarla; confección de planos y emisión de la ley o el respectivo decreto.⁴⁹ Su establecimiento debe tomar en cuenta los derechos previamente adquiridos por las poblaciones indígenas y campesinas y otras personas físicas y jurídicas, subyacentes o adyacentes.⁵⁰

La superficie de un humedal que constituye un área silvestre protegida únicamente podría reducirse por Ley de la República y nunca por Decreto, después de realizar los estudios técnicos que lo justifiquen.⁵¹

Al establecerse un área silvestre protegida bajo la categoría de humedal, el Ministerio de Ambiente y Energía queda facultado para incluir, dentro de sus límites, las fincas o partes de fincas particulares necesarios y para instrumentarlos de acuerdo al respectivo plan de manejo o crear las servidumbres legales para su protección ecológica. Hasta el momento en que el propietario privado es indemnizado, su terreno pasa a formar parte del área de humedal creada.⁵² El Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Ambiente y Energía podrá comprar o expropiar los predios privados necesarios, salvo que por requerimiento del propietario, se someta voluntariamente al régimen forestal.⁵³ Esa sujeción debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad, como una afectación al inmueble, la cual se mantiene durante el tiempo establecido en el respectivo plan de manejo.⁵⁴

Aquellos humedales que son comprados o bien expropiados por el Poder Ejecutivo, forman parte del Patrimonio Natural del Estado Costarricense⁵⁵ y por ende del dominio público, ostentando las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad, no pueden hipotecarse ni ser susceptible de

49 Artículo 36 de la Ley Orgánica del Ambiente.

50 Artículo 58 de la Ley de Biodiversidad.

51 Así lo dispone el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, el cual se encuentra en consonancia con el artículo III de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las bellezas escénicas de América, y el artículo 4 de la Convención Ramsar.

52 Así lo interpretó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el voto 796 de 1991.

53 De conformidad con el artículo 3 inciso g) de la Ley Forestal número 7575 del 5 de febrero de 2006, se entiende por régimen forestal "Conjunto de disposiciones y limitaciones de carácter jurídico, económico y técnico, establecidas por esta ley, su reglamento, demás normas y actos derivados de su aplicación, para regular la conservación, renovación aprovechamiento y desarrollo de los recursos forestales".

54 Artículo 37 de la Ley Orgánica del Ambiente.

gravamen, se encuentran fuera del comercio de los hombres, no pueden ser objeto de posesión por parte de particulares quienes pueden adquirir un derecho a su aprovechamiento pero no a la propiedad, la acción administrativa de autotutela y policía sustituyen a los interdictos para recuperar su dominio, y los permisos o las meras ocupaciones de hecho se realizan a título precario.⁵⁶

A pesar de constituir una categoría específica de área silvestre protegida, existe una gran cantidad de humedales ubicados en terrenos privados,⁵⁷ los cuales por razones económicas o ecológicas, no han sido comprados o expropiados por parte del Poder Ejecutivo, ni tampoco han sido sometidos al régimen forestal de forma voluntaria por sus propietarios. Debido a lo anterior, y a su uso múltiple, el legislador costarricense optó por declarar a de interés público la totalidad de humedales del país, estén o no protegidos por las leyes que rijan esta materia, así como su conservación.⁵⁸

A raíz de la declaración de interés público que ostentan los humedales, el Estado costarricense se encuentra facultado de

imponer limitaciones al uso de los recursos existentes dentro de los humedales con el fin de proteger los intereses de la colectividad.

De igual forma, y de conformidad con el artículo 42 de la Ley Orgánica del Ambiente, se le permite al Ministerio de Ambiente y Energía, en coordinación con las autoridades competentes, la delimitación de zonas de protección de determinadas áreas de humedal, las cuales deben sujetarse a los distintos planes de ordenamiento y manejo, a fin de prevenir y combatir la contaminación o la degradación de los ecosistemas. Tal y como lo expresa el autor Jorge Cabrera Medaglia "*no existen criterios técnicos definidos a priori sobre las condiciones y requisitos para imponer una zona de protección alrededor de los humedales, debe esperarse que ello se realice caso por caso, de conformidad con los estudios y criterios científicos*".⁵⁹

V.2. Actividades prohibidas

Tal y como lo establece el numeral 45 de la Ley Orgánica del Ambiente, son prohibidas las actividades humanas orientadas a interrumpir los ciclos naturales de los ecosistemas de

55 El patrimonio natural de Estado está constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas en nombre del Estado y de las pertenecientes a las Municipalidades, Instituciones Autónomas, y demás organismos de la Administración Pública, excepto aquellos inmuebles que garantizan operaciones crediticias en el Sistema Bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio; el Ministerio de Ambiente y Energía administra el Patrimonio Natural del Estado. El régimen de propiedad forestal estatal es de aplicación a los manglares. Artículo 1 y 13 de la Ley Forestal.

56 El tema es desarrollado ampliamente por el voto 2301-1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

57 Aproximadamente el 40% de los 350 humedales con los que cuenta el país se encuentran en esta situación.

58 Artículo 41 de la Ley Orgánica del Ambiente.

59 Cabrera, J., "Manual de Legislación Ambiental Costarricense", Editorial Jurídica Continental, San José, 2006, página 199.

humedal, como la construcción de diques que eviten el flujo de aguas marinas o continentales, drenajes, desecamiento, relleno o cualquier otra alteración que provoque el deterioro y la eliminación de este tipo de ecosistemas.⁶⁰

Todas las obras o la infraestructura a construir sobre un humedal se deben realizar de manera que no dañen el ecosistema, o amenacen la vida dentro de un hábitat de esa naturaleza, y cuando exista dicho peligro, el Ministerio de Ambiente y Energía estará compelido a exigir al interesado la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental.⁶¹

Tampoco es permitido la introducción de especies domesticas de ningún tipo a áreas de humedal, ni aquellas otras especies de animales o vegetales de todo tipo que sean ajenas con las condiciones naturales del ecosistema. De proponerse la introducción de cualquier especie debe contarse con los estudios que para tal propósito establece la Ley de Vida Silvestre.⁶²

V.3. Actividades permitidas.

De conformidad con el documento denominado Áreas Silvestres Protegidas del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del año 1998, bajo la categoría de manejo “humedal” es posible la realización de las

siguientes actividades, siempre y cuando se cumpla con los preceptos anteriormente señalados y con los distintos requisitos de carácter normativa y reglamentario que exige el bloque de legalidad ambiental vigente: Aprovechamiento Forestal, Aprovechamiento de Vida Silvestre, Aprovechamiento de Recurso Mineral, Uso Controlado de Agroquímicos, Concesiones y Permisos de Uso, Pastoreo de Ganado, Plantación de Especies Nativas, Comercialización de Vida Silvestre, Investigación Científica, Actividades Recreativas Extensivas, Actividades Recreativas Intensivas, Caza y pesca de subsistencia, Manejo de Vida Silvestre, Infraestructura Turística Recreativa, Educación Ambiental, Infraestructura para Investigación, Uso de Vehículos Motorizados, Construcción de Obra Pública, Pesca Artesanal.

V.4. Disposiciones especiales relativas a esteros y manglares

Los ecosistemas de esteros y manglares han sido objeto de protección especial por parte del ordenamiento jurídico costarricense desde la promulgación de la Ley de Aguas⁶³ de 1942, treinta años antes de la suscripción de la Convención Ramsar. La ley de Aguas en sus artículos 1, 2 y 3 establecen la demanialidad de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con

60 Así también lo establece el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE denominada Requisitos para la Renovación de Permiso de Uso Existentes en Áreas de Manglar relacionados con la producción de sal y camarones “Queda prohibida la construcción de diques y otras obras que eviten el flujo normal de las mareas así como canales de que provoquen su desecamiento, el relleno o cualquier otra alteración que eventualmente afecte la viabilidad del ecosistema, de igual forma no se permite otras actividades que no estén contempladas en el plan de manejo” y el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 22550 que al efecto establece “Queda totalmente prohibida cualquier actividad que vaya orientada a interrumpir el crecimiento normal del manglar como la construcción de diques que eviten el flujo de las mareas, el desecamiento, relleno o cualquier otra alteración que provoque eventualmente la eliminación del mismo”.

61 Artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica del Ambiente.

62 Así lo establece el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE denominada Requisitos para la Renovación de Permiso de Uso Existentes en Áreas de Manglar relacionados con la producción de sal y camarones.

el mar; de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; los vasos de los lagos, lagunas y esteros; y las playas y zonas marítimas.⁶⁴

Con posterioridad, la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre⁶⁵ de 1977 en su artículo 11, estableció como parte de la zona pública⁶⁶ de la Zona Marítimo Terrestre, a todos aquellos territorios ocupados por manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional, sea cual fuere su extensión. Partiendo de la línea de vegetación a la orilla de los esteros y del límite de los manglares o bosques salados cuando estos se extiendan por más de 50 metros de la línea de pleamar ordinaria comienza la zona restringida.⁶⁷

Debido a lo anterior, los manglares ubicados a kilómetros de las líneas de costa son parte de área pública de la Zona Marítima Terrestre, y por tanto poseen además, un área restringida con una extensión de ciento cincuenta metros que empiezan una vez que el termina el límite natural del manglar; zona restringida donde es necesario cumplir con los requisitos que impone la Ley de Zona Marítimo Terrestre⁶⁸ para el desarrollo de actividades económicas.⁶⁹ Por tratarse entonces de la zona pública de la Zona Marítimo Terrestre, los manglares constituyen parte del Patrimonio Natural del Estado, y por tanto, son inalienables e imprescriptibles, y no pueden ser objeto de ocupación bajo ningún título.⁷⁰ En consecuencia no pueden inscribirse en el Registro Público mediante el procedimiento

63 Ley número 276 del 27 de agosto de 1942.

64 “En consecuencia, las aguas cubiertas por el manglar, no brotan en el interior de las fincas, sino que provienen del mar. Por lo tanto esas aguas y los vasos que la contienen son del dominio público y no pueden ser reducidos a propiedad privada, pues están fuera del comercio de los hombres. Artículo 262 del Código Civil” Voto número 121 de las 16 horas del 14 de noviembre de 1979 de la Sala de Casación. También puede consultarse los votos 1975-91 y 6170-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

65 Ley número 6043 del 17 de febrero de 1977.

66 De conformidad con el artículo 10 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, esta tiene una extensión de doscientos metros medidos desde la línea de pleamar ordinaria y se divide en dos zonas: 1) zona pública de cincuenta metros contiguos a la línea de pleamar ordinaria, y 2) zona restringida, constituida de los restantes ciento cincuenta metros.

67 Artículo 4 del Reglamento a la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Decreto Ejecutivo número 7841-P del 16 de diciembre de 1977.

68 Para el desarrollo y aprovechamiento de la zona restringida de la Zona Marítima Terrestre es necesario contar con la Declaratoria de Aptitud Turística, plan regulador costero y además concesión otorgada por la Municipalidad.

69 “El proyecto 14585, artículo 114, estipula una zona de protección de 20 metros alrededor de todos los manglares del país, en ella se prohíbe realizar todo tipo de construcciones u obras. Esa franja de 20 metros es de dominio público, pues ha de entenderse subsumida sobre la zona restringida de 150 metros contiguo a los humedales costeros, y corresponderá al MINEA definirla y delimitarla en coordinación con el Instituto Geográfico Nacional” Opinión Jurídica OJ-092-2002 del 13 de junio de 2002 de la Procuraduría General de la República de Costa Rica.

70 El patrimonio natural del Estado está constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a las municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, tal y como lo regula el artículo 13 de la Ley Forestal. // En los manglares que forman parte del Patrimonio Natural del Estado se permiten las siguientes actividades: labores de investigación, capacitación, ecoturismo, una vez aprobadas por el MINAE, quien definirá, cuando corresponda la realización de evaluaciones de impacto ambiental. Artículo 18 de la Ley Forestal.

de información posesoria, y tanto la invasión como la ocupación, será sancionada conforme a lo dispone la Ley Forestal.⁷¹

En virtud del interés público, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Forestal, es prohibido la corta y aprovechamiento de los manglares. A pesar de lo anterior, el Transitorio N° 1 de la Ley Forestal estableció: *“No obstante en la Zona Marítimo Terrestre y los manglares, la Administración Forestal del estado prorrogará los permisos, las concesiones y los contratos amparados en la legislación anterior, siempre que en virtud de ellos se hayan realizado inversiones en infraestructura y cumplan con los requisitos ambientales para tal efecto. La Administración Forestal no podrá otorgar nuevos permisos, concesiones ni contratos; tampoco extenderles el área”*.

Por lo anterior, tal y como lo dispone los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE, para toda renovación de permiso de uso existentes en áreas de manglar relacionadas con la producción de sal o de camarones, deberá presentarse por parte del interesado un Plan de Manejo al momento de realizar la solicitud ante el Sistema Nacional de Áreas de Conservación. Deberá ser elaborado por profesionales especialistas en el campo de los recursos naturales, según lo establecido en la Ley General de Vida Silvestre. Este plan de manejo debe contar con la aprobación del Instituto de Costarricense de Pesca y Acuicultura en los aspectos técnicos de su competencia legal. Las personas físicas y jurídicas que estén llevando a cabo algún tipo

de explotación, deberán aunar esfuerzos para la elaboración y ejecución de dicho Plan de Manejo, el cual deberá contener los siguientes aspectos: a) Título del Proyecto; b) Resumen; c) Características biofísicas del área; 1) Tamaño y ubicación geográfica (adjuntar mapa escala 1:50.000), 2) Uso actual del suelo, 3) Clima, 4) Composición florística y faunística, indicando especies de interés general, 5) Objetivo general, e) Objetivos específicos, f) Resultados o productos, g) Impacto ecológico y social, h) Forma de evaluación y seguimiento, i) Zonificación del área, j) Programa de desarrollo, k) Programa de Mitigación y restauración del hábitat, l) Diseño de corredores biológicos al interno de las áreas en uso.

Tal y como lo dispone el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 22550-MIRENEM, el Ministerio de Ambiente y Energía solo podrá otorgar concesiones en manglares para la extracción de leña, corteza, carbón, puntales y postes para alumbrado eléctrico, bajo planes de manejo, enmarcados dentro del concepto de desarrollo sostenible.

El Ministerio de Ambiente y Energía se encuentra inhibido de otorgar permisos o concesiones en áreas de humedales estuarinos ocupados por manglar cuando la actividad a desarrollar implique un cambio de uso de la tierra, salvo en los casos de instalación de salinas en las cuales se autorizará la eliminación del manglar de acuerdo a criterios técnicos que afecten el área mínima necesaria para construir canales artificiales. Para los proyectos de acuicultura

71 Artículo 14 de la Ley Forestal. //La Ley de Informaciones Posesorias número 139 del 14 de julio de 1941 establece el deber del juez de rechazar la inscripción de terrenos a favor de particulares cuando el terreno a titular forma parte de un área silvestre protegida.

solamente se permitirá la alteración de áreas de manglar para la construcción de los canales de toma de agua, cuyas dimensiones deberán ser técnicamente justificadas.⁷²

Queda totalmente prohibida cualquier actividad que vaya orientada a interrumpir el crecimiento normal del manglar como la construcción de diques que eviten el flujo de las mareas, el desecamiento, relleno o cualquier otra alteración que provoque eventualmente la eliminación del mismo.⁷³ De igual forma no se permite otras actividades que no estén contempladas en el plan de manejo.⁷⁴

No se permite la introducción de especies domesticas de ningún tipo al área del permiso de uso así como de aquellas otras especies de animales o vegetales de todo tipo que sean ajenas con las condiciones naturales del ecosistema. De proponerse la introducción de cualquier especie debe contarse con los estudios que para tal propósito establece la Ley de Vida Silvestre.⁷⁵

Toda actividad que se va a realizar en un ecosistema de manglar va a requerir de un estudio de impacto ambiental además de las disposiciones citadas anteriormente y aquellas otras que la legislación establezca.⁷⁶

El artículo 5 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE dispone que aquellas áreas que hayan sido desprovistas de manglar mantendrán su

condición de tal. Esta disposición de suma importancia establece la irreductibilidad de los manglares, pues con ella se busca evitar que las áreas de manglar, una vez degradada, sean objeto de apropiación privada. Esta disposición se encuentra en armonía con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Casación Penal de San José, en lo que respecta a la promulgación y desarrollo en la vía penal del principio de irreductibilidad de los bosques, por medio del cual, el espacio territorial con cobertura boscosa es irreducible, ya sea por acción humana o por hechos naturales. De esta forma, cualquiera que lesione el bosque con el propósito de cambiar el destino del terreno o bien, cualquiera que pretenda obtener provecho de los desastres naturales que dañen el suelo forestal, debe entender que no existe forma posible de cambiar el destino del suelo, y que es obligación estatal hacer cuanto sea posible para recuperar el bosque.⁷⁷

Por último es importante recalcar que en Costa Rica, a raíz del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 22550-MIRENEM, fueron declarados humedales todas las áreas de manglares adyacentes a los litorales continentales e insulares, cualesquiera que sea su extensión, los cuales se tienen como una nueva categoría de uso, por tratarse de una zona de usos múltiples. Lo anterior implica que todas las restricciones y potenciales limitaciones que contienen la regulación de humedales, son de aplicación a los manglares.

72 Así lo establece el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 22550-MIRENEM

73 Artículo 7 del Decreto Ejecutivo 22550-MIRENEM

74 Artículo 3 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE

75 Artículo 4 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE

76 Artículo 5 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE

77 Sentencia 2004-260 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica, de las 9:15 horas del 18 de marzo de 2004

VI. PROTECCION PENAL.

Tal y como fue señalado anteriormente, en los ecosistemas de humedal están prohibidas las actividades humanas orientadas a interrumpir sus ciclos naturales, tales como la construcción de diques que eviten el flujo de aguas marinas o continentales, drenajes, desecamiento, relleno o cualquier otra alteración que provoque el deterioro y la eliminación de este tipo de ecosistemas.

Por tanto, son precisamente este tipo de conductas las que alteran, menoscaban y eliminan a los ecosistemas de humedal, y las que han impulsado al legislador a la promulgación de tipos penales que las sancionan, todo con el fin de proteger el bien jurídico "humedal".

La interpretación de lo que debe entenderse como "humedal" a efecto de bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal ha sido objeto de controversia por parte de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Casación Penal de San José, el cual mediante el fatídico Voto 2005- 0461 de las 8: 30 horas del 25 de mayo del 2005, resolviendo un recurso de casación por el fondo por un caso que se seguía por el delito de drenaje de humedal⁷⁸ determinó que la protección que ofrece el derecho penal a este bien jurídico se limitaba únicamente a aquellos que se encontraban creados y delimitados por ley o decreto ejecutivo, y que por tanto, si la conducta de drenaje ocurría sobre un humedal que no reuniera dichas características no era punible. De esta forma, el Tribunal

Superior de Casación Penal despenalizó todos aquellos delitos que se cometían sobre humedales ubicados en terrenos privados,⁷⁹ e indirectamente y como efecto no deseado, instó y fomentó la degradación de este tipo de ecosistemas por parte de sus propietarios. Al respecto la sentencia de comentario indicó:

"Así las cosas, resulta claro que de un análisis sistemático e integral de la normativa vigente, por la amplitud del concepto o definición de un humedal, para efectos de la tipicidad penal, la única forma legal de llenar ese contenido es a través de su creación y delimitación mediante Decreto Ejecutivo, lo que expresamente se reconoce en el fallo recurrido, no sucedía con el humedal del Río Lajas, que sería el que habría sido afectado con la canalización que se le reprocha al aquí imputado, es claro así que no estamos ante un humedal definido por Decreto Ejecutivo, ni ante un área oficial de protección o área privada debidamente autorizada, según los alcances establecidos en la ley; por ello, lo procedente es acoger el reclamo por el fondo deducido por el defensor del imputado y en su lugar absolverle de toda pena y responsabilidad por los delitos que se estimaron configurados".

Dichosamente, seis meses después el mismo Tribunal, bajo otra conformación en su integración, cambió el criterio anterior, estableciendo que, al haber sido declarados de interés público los ecosistemas de humedal gozan de total protección por parte del bloque de legalidad penal costarricense, indistintamente que las conductas típicas, antijurídicas y culpables fueran realizadas sobre humedales

creados por decreto ejecutivo o ley, o bien aquellos que se encuentran asentados en terrenos privados. De esta forma, la resolución la resolución número 2005-1209 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del quince de noviembre de dos mil cinco determinó lo siguiente:

"Como ya se indicó supra de un examen más detenido del punto sometido a consideración de esta Cámara, se concluye que en ningún momento la Ley de Conservación de Fauna Silvestre ni ninguna otra, ha exigido que para quedar protegidos los humedales, sea necesario la declaratoria administrativa vía decreto. Lo anterior por cuanto no sólo haría nugatoria la protección al medio ambiente, y a las especies de vida silvestre que de modo permanente, por temporada u ocasionalmente viven en los humedales, sino porque ello implicaría una desprotección total al bien jurídico. Véase que el numeral artículo 7 inciso h) de la Ley de Conservación de Vida Silvestre lo que establece es que una de las funciones del Ministerio el Ambiente Energía y Minas es administrar, supervisar y proteger los humedales y de seguido dice: " la creación y delimitación de los humedales se hará por decreto ejecutivo, según criterios técnicos." , de tal modo que no debe existir confusión entre la protección que da a los humedales dicha ley y la posterior declaración de los mismos como áreas silvestres protegidas que hizo el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente. En efecto, al publicarse la Ley de Conservación de Vida Silvestre, los humedales no eran áreas silvestres protegidas por lo que su artículo 7 pretendía oficializar los humedales de propiedad estatal mediante un decreto ejecutivo. Es claro que sí al Estado le interesa que un inmueble en que existe un humedal, sea de su propiedad, debe darse el procedimiento de expropiación y el pago

previo. La confusión se da a partir de que la Ley Orgánica del Ambiente declara todos los humedales como áreas silvestres protegidas, tal declaratoria, en fincas particulares, rige solo a partir del momento en que se haya efectuado – como ya se indicó - legalmente su pago o expropiación, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley Orgánica del Ambiente. Sin embargo, aún cuando los humedales se encuentren en propiedad privada, están protegidos pudiendo llegar a configurarse el delito de drenaje de humedales conforme a la Ley de Vida Silvestre. Debe recordarse que por expresa disposición del artículo 39 de la Ley Orgánica del Ambiente, los humedales son de interés público, y por ende sujetos de protección. Por otro lado, véase que el artículo 7 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre se ubica dentro del capítulo II, denominado "De la Organización Administrativa" y está referido a las funciones o competencias de la Dirección General de Vida Silvestre, de tal modo que es un artículo que únicamente establece las funciones de ese ente, pero no es propiamente un tipo penal, ni es el complemento de alguno. Hubiese sido distinto si la frase en cuestión; esto es, " La creación y relimitación de humedales, se hará por decreto ,según criterios técnicos" , se hubiese ubicado luego de la definición de humedales en el capítulo I, artículo 2; o bien si el tipo penal hubiese comprendido la frase " y los demás humedales declarados así por decreto ejecutivo ", de tal modo que ante esas condiciones en la redacción del tipo penal no habría duda de que la intención del legislador era imponer esas limitaciones para la protección de los humedales únicamente sobre los declarados por vía de decreto. Esa no es el propósito de la ley, sino la protección en general de los humedales sea que se encuentren en propiedad privada o estatal. De ahí que el reclamo por el fondo deba declararse sin lugar".

78 Tipificado por el numeral 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre.

79 Cerca del 40% de los humedales costarricenses se encuentran en esa situación.

Una vez aclarado el tema, en cuanto a que la protección que ofrece el derecho penal a los ecosistemas de humedal es indistinta de si se trata de un área silvestre protegida creada y delimitada vía ley o decreto, o si se trata de un terreno privado, es procedente a analizar aquellos tipos penales vigentes que sancionan aquellas conductas que afectan este tipo de ecosistemas.

VI.1. El delito de drenaje de humedales

Previsto por el numeral 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, sanciona con una multa que puede oscilar entre cincuenta mil colones (aproximadamente cien dólares y cien mil colones (doscientos dólares), convertible en pena de prisión⁸⁰ de uno a dos años, quien drene lagos, lagunas no artificiales y demás humedales, son la previa autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Ambiente y Energía. 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 faculta a la Dirección precitada, a fin de efectuar los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor.⁸¹

El bien jurídico tutelado en este delito lo es de manera general el ambiente, y de forma específica los humedales, debido a las funciones esenciales que se llevan a cabo en

su interior, y que repercuten en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

El verbo de este tipo penal es “drenar” el cual consiste en la extracción o eliminación de las aguas de un lago, laguna no artificial y demás humedales, por cualquier medio y cualquier fin. Quedan excluidas las lagunas construidas por el hombre, pero si se incluye aquellas lagunas estacionarias e intermitentes, ya que el Reglamento a la Ley de Conservación de Vida Silvestre las contempla en su definición.

El hecho de que, una vez que ocurre el drenaje, ya no existan aguas en el humedal, no significa por ello que no sea digno de tutela jurídica por parte del derecho penal, ya que por tratarse de un área dominio del Estado, continúa siendo un Área Silvestre Protegida, y si se trata de un humedal inscrito a nombre de un particular, continúa existiendo un interés público en su conservación. Basta recordar que el artículo el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE, el cual establece que aquéllas áreas que hayan sido desprovistas de manglar mantendrán su condición de tal. Esta disposición de suma importancia, afianza el principio de la irreductibilidad de los manglares, pues con ella se busca evitar que las áreas de manglar, una vez degradada, sean objeto de apropiación privada.

80 La frase “convertible en prisión” que contiene el delito establecido por el numeral 103 de la LCVS, ha sido objeto de jurisprudencia contradictoria por parte de la Sala Constitucional. En algunos votos la Sala ha dicho que es inconstitucional y se debe eliminar del todo, pues atenta contra la prohibición de cárcel por deudas, mientras que en otro voto ha sostenido que la frase debe interpretarse en el sentido que el juez puede aplicar multa o prisión. Al respecto puede consultarse los Votos constitucionales: 5646-87, 1054-94 y 6133-98.

81 La jurisprudencia del Tribunal Superior de Casación Penal, a partir del año 2003, le otorga poder al juzgador para condicionar el beneficio de ejecución condicional de la pena a la reparación in natura del daño causado con su conducta, independientemente que exista o no acción civil resarcitoria presentada. El Tribunal de Casación ha encontrado racional y proporcional condicionar el beneficio a la reparación del daño. El sustento legal lo encuentra en los numerales 28, 50 y 74 de la Constitución Política, así como en los artículos 2,6,10 inc C, 19 y 38 inc F, de la Ley Forestal, 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de los Suelos, 53, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Ambiente y 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad

Este tipo penal podría concurrir con el delito de construcción en zona marítimo terrestre, con el de destrucción de vegetación en áreas de protección, con el de tala o aprovechamiento forestal irregular, y/o con el de invasión de áreas de protección o áreas silvestres protegidas.⁸²

VI.2. Delito de invasión de humedales y sus áreas de protección.

El artículo 58 de la Ley Forestal dispone que “Se impondrá prisión de tres meses a tres años a quien: a) Invada un área de conservación o protección, cualquiera que sea su categoría de manejo, u otras áreas de bosques o terrenos sometidos al régimen forestal, cualquiera que sea el área ocupada; independientemente de que se trate de terrenos privados del Estado u otros organismos de la Administración Pública o de terrenos de dominio particular. Los autores o partícipes no tendrán derecho a indemnización alguna por cualquier construcción u obra que se haya realizado en los terrenos invadidos”.

El verbo del tipo penal analizado es “invadir”, el cual implica dos tipos distintos de situaciones,

aquella invasión con ánimo de despojo, que se realizaría sobre un humedal declarado área silvestre protegida o bien un humedal privado, o sus respectivas áreas de protección, con la intención de desposeer a su propietario, sea este el Estado o un particular; pero también existe aquella posibilidad de invasión por medio de construcción, que implicaría la realización de cualquier tipo de obra sobre un humedal o su área de protección, conducta que podría ser realizada por su mismo propietario en caso de tratarse de un humedal dentro de un terreno privado, o bien de un tercero.⁸³ En esta última situación el término construcción se ha interpretado ampliamente e implica también la colocación de piedras, desechos, basura, materiales de construcción sobre ecosistema de humedal, independientemente que produzcan o no efectos sobre la destrucción de vegetación, el impedimento del libre crecimiento de árboles y vegetación, interrupción de los flujos de agua o alteración de su libre curso, siempre y cuando la obra o el relleno se realice sin contar con la autorización administrativa de las autoridades competentes.⁸⁴

82 “La mayoría de los autores se refieren a este fenómeno denominándolo “concurso aparente de leyes” o “concurso aparente de normas”. Tal denominación es incorrecta, porque las leyes o las normas concurren realmente. Lo es aparente en la concurrencia de lesiones jurídicas; por ello preferimos hablar de “un concurso aparente de delitos”, Castillo, F., “El concurso de delitos en el derecho penal costarricense”, publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981.

83 Si la conducta es realizada por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y ésta se lleva a cabo sobre un humedal de dominio público, no habría delito que perseguir puesto que el Estado, como persona jurídica, actúa por medio de sus funcionarios, y no podría invadir terrenos que son de su propio patrimonio.

84 Sobre el delito de invasión de área de protección o área silvestre protegida la jurisprudencia del Tribunal Superior de Casación Penal ha establecido: “Es cierto que la acción delictiva establecida por el 58.C de la ley Forestal consiste en invadir un área de conservación o protección, pero el contenido del término no es el despojo o ingreso al dominio de otro. Como las áreas de conservación suponen una limitación genérica, a todo propietario de inmuebles por los que corren los ríos de Costa Rica, con la finalidad de preservar el ambiente natural, la salud, la ecología y lo poco que pueda salvarse para el equilibrio del planeta Tierra, tal restricción al dominio es un régimen que obliga a mantener intacta la porción del inmueble bajo la tutela estatal, de donde deriva la posibilidad de realizar en aquella únicamente los actos permitidos por ese régimen. De este modo, invadir el área de protección se traduce en realizar sobre ella cualquier acto no permitido, lo que puede hacer cualquiera ya sea propietario o un tercero...” Resolución 2004-0904 de las diez horas cincuenta minutos del dos de setiembre de 2004.

El tipo de invasión por medio de construcción ha sido utilizada por la Fiscalía y los Tribunales de Justicia para castigar todas aquellas conductas de relleno de humedales,⁸⁵ ya que éste por lo general se realiza utilizando piedras, material de construcción, tierra o cualquier otro material, con el fin por lo general de apoderarse del ecosistema de humedal, y utilizar el terreno invadido mediante relleno a otro tipos de actividades.

El tipo penal del artículo 58 inciso a) de la ley Forestal establece que la invasión se puede dar sobre un área de conservación, un área de protección o sobre terrenos sometidos al régimen forestal. Como se ha venido desarrollando a lo largo de este ensayo, de conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, los humedales son un tipo especial de categoría de manejo de las áreas silvestres protegidas, y se convierten en áreas silvestres protegidas una vez que son creados por ley o decreto y comprados o expropiados por parte del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, áreas de protección o conservación son aquellas definidas por el artículo 33 de la Ley Forestal, que en el caso de humedales corresponde a una zona de cincuenta metros medidos horizontalmente en las riberas de los lagos y embalses naturales y en los lagos o embalses artificiales construidos por el Estado y sus instituciones,

exceptuándose los lagos y embalses artificiales privados. Según el criterio jurídico de la Procuraduría General de la República C-110-2004 del 16 de abril de 2004, dentro del término embalse se incluirse las lagunas naturales y artificiales.

Por “*otras áreas de bosques o terrenos sometidos al régimen forestal, sean del estado o sean privados y sin importar el área ocupada*” debe entenderse todos los terrenos, incluidos aquellos donde se encuentre un ecosistema de humedal, que voluntariamente por parte de su propietario, hayan sido sometidos al régimen forestal, según el significado que al respecto da el artículo 3 inciso g) de la Ley Forestal.⁸⁶

Sobre el tema del dolo del invasor o del poseedor, cuando el delito se verifica mediante despojo, es indiferente si se acusa a quien esté poseyendo, al sujeto que inicialmente invadió o realizó la obra, o a ambos. Ello se basa en que se presume el conocimiento de la ley del sujeto que, sin haber realizado la construcción, ingresó al humedal o su área de protección, y se mantiene en él. En el caso de invasión de construcción o de relleno, por no tratarse de un invasión de despojo basta con demostrar el dolo de quien colocó los materiales invasores.⁸⁷

La jurisprudencia emanada tanto de la Sala Constitucional, Sala Tercera de la Corte Suprema

85 La conducta específica de “relleno de humedales” no se encuentra prevista expresamente en ningún tipo penal costarricense, razón a la que la jurisprudencia ha acudido al tipo de “invasión” para castigar tan nefasta conducta.

86 “Conjunto de disposiciones y limitaciones de carácter jurídico, económico y técnico, establecidas por esta ley, su reglamento, demás normas y actos derivados de su aplicación, para regular la conservación, renovación, aprovechamiento y desarrollo de los recursos forestales”. Artículo 3 inciso g) de la Ley Forestal.

87 Al respecto puede consultarse la Circular 01-2005 “Política de Persecución Penal Ambiental, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Poder Judicial.

de Justicia y del Tribunal Superior de Casación Penal ha establecido que en los delitos donde exista “invasión”, “usurpación”, “depósito de cosas o desechos en áreas protegidas” de terrenos públicos o privados, califican como instantáneos en cuanto a la iniciación de la consumación, pero son de efectos permanentes en cuanto a la duración de la actividad consumativa, por lo que para efectos de prescripción de la acción penal, esta empieza a correr a partir del momento en que cesa la afectación al bien jurídico tutelado, sea cuando haya cesado la invasión de despojo o de colocación de materiales.⁸⁸

VI.2.1. Relación del delito de invasión previsto en la Ley Forestal con los tipos penales de Usurpación, Usurpación de Dominio Público e Invasión de Zona Marítimo Terrestre.

El artículo 226 del Código Penal sanciona con prisión de seis meses a tres años: 1) Al que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad, despojare a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo inmuebles, manteniéndose en él

o expulsando a los ocupantes; 2) Al que para apoderarse de todo o parte de un inmueble, alterare los términos o límites del mismo, y; Al que con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

Por su parte, el artículo 227 inciso 1) del Código Penal castiga con pena de prisión de seis meses a dos años, o con quince a cien días multa, al que sin título de adquisición o sin derecho de poseer, detentare suelo o espacio correspondiente a calles, caminos, jardines, parques, paseos u otros lugares de dominio público, o terrenos baldíos o cualquier otra propiedad raíz del Estado o de las Municipalidades.

Por último el numeral 62 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre establece que quien en dicha zona construyera o realizare cualquier tipo de desarrollo⁸⁹ contra lo dispuesto en esta ley o en leyes conexas, o impidiera la ejecución de una orden de suspensión o demolición de obras o instalaciones, o la aplicación de una sanción a un infractor a las disposiciones de aquellas leyes, sin perjuicio de las sanciones de otra clase, será reprimido con prisión de un mes a tres años, excepto que el delito constituya delito de mayor gravedad.⁹⁰

88 El artículo 32 del Código Procesal Penal dispone en cuanto al cómputo de la prescripción que los plazos empezarán a correr, para los delitos continuados o de efectos permanentes, desde el día en que cesó su permanencia. Califican dentro de esta categoría los delitos de invasión de área de protección o área silvestre protegida, usurpación, usurpación de dominio público y construcción o desarrollo de zona marítimo terrestre.

89 El elemento desarrollo es el más polémico por ser objeto de varias interpretaciones, donde algunos han considerado que se trata de proyectos de gran magnitud, y otros aceptan que desarrollo es cualquier estructura que invada la zona marítimo terrestre. Según la Circular 01-2005 “Política de Persecución Penal Ambiental, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Poder Judicial, los fiscales de la República mantendrán la segunda posición, en el entendido que si la conducta típica consistió en levantar estructuras provisionales que luego fueron retiradas sin daño para el ambiente, deberán solicitar la aplicación del criterio de oportunidad.

90 Cualquier construcción o realización de un desarrollo debe contar con autorización o concesión. Los verbos “remodelar” o “reconstruir” se encuentran contenidos dentro de la acción típica de “construir o realizar cualquier tipo de desarrollo”, lo que se desprende del espíritu de la ley de la Zona Marítimo Terrestre en sus artículos 13, 19 y 24 y de la definición de “construcción” que ofrece el artículo 1 inciso 3 del Reglamento de Construcciones, publicado en La Gaceta número 56 del 22 de marzo de 1983 y de la Ley de Planificación Urbana número 4240 del 15 de noviembre de 1968, artículo 1. Así lo dispone la Circular 01-2005 “Política de Persecución Penal Ambiental, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Poder Judicial

El bien jurídico tutelado en el delito de “invasión de área silvestre protegida y áreas de protección” lo es el ambiente (humedal), mientras que en el delito de usurpación es la propiedad, la posesión o tenencia privada, en el de usurpación de dominio público es el dominio público, y en el de construcción en zona marítimo terrestre lo son tanto el ambiente (manglar o estero), como el dominio público que ejerce el Estado sobre la Zona Marítimo Terrestre.

La solución de conflictos entre estas normas fue prevista por la Circular número 01-2005 de la Fiscalía General de la República, documento denominado “Política de Persecución Penal Ambiental”, el cual dispone al respecto lo siguiente:

- a). Cuando la invasión de despojo es de humedales declarados Área Silvestre Protegida que se encuentren todavía en manos privadas, al no haber sido aún expropiados o comprados, el Fiscal aplicará el delito de Invasión de área silvestre protegida y áreas de protección previsto por la Ley Forestal, en concurso ideal con el tipo penal de usurpación de terrenos privados del Código Penal, pues con una misma acción se vulneran dos bienes jurídicos distintos,
- b). Cuando la invasión de despojo se da sobre terrenos del Estado, el fiscal acusará la

invasión de la Ley Forestal en concurso ideal con la usurpación de bienes de dominio público.

- c). Cuando la declaratoria de humedal, mediante ley o decreto, se da con posterioridad a la invasión, no es posible la aplicación del delito de la Ley Forestal en forma retroactiva, por lo que habría que acudir al tipo penal del Código Penal de Usurpación de Dominio Público.

En el caso de invasión de construcción o de colocación de materiales, cuando se efectúe sobre esteros y manglares los cuales forman parte tanto de la zona pública de la zona marítimo terrestre, como del patrimonio natural del Estado, es de aplicación el tipo penal de la Ley de Zona Marítimo Terrestre en concurso con el delito de invasión previsto en la Ley Forestal, pues con la misma acción se estarían violentando dos bienes jurídicos distintos, como lo son el ambiente y la zona marítimo terrestre.

En el supuesto que la invasión de construcción o de colocación de materiales se da sobre humedales declarados mediante ley o decreto áreas silvestre protegida, que se encuentren ubicados dentro de alguna las zonas geográficas de excepción previstas en la Ley de la Zona Marítimo Terrestre,⁹¹ el tipo penal a aplicar es el previsto por el artículo 58 de la Ley Forestal.

91 Tal y como lo dispone la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, la misma no es de aplicación en las ciudades litorales (Puntarenas, Puerto Cortés, Jacó, Golfito y Quepos), en aquellos terrenos inscritos con anterioridad de ley, en los Parques Nacionales y reservas equivalentes (lo cual incluye todas las áreas silvestres protegidas y aquellos terrenos que forman el Patrimonio Natural del Estado que se encuentren dentro de la zona marítimo terrestre), el proyecto de Desarrollo Integral de Bahía Culebra, los terrenos administrados por JAPDEVA con excepción de las 200 metros a los lados de los canales principales, la zona portuaria de Caldera, el sector de Playa Tivives, Isla San Lucas, Isla del Coco.

Como efecto inmediato y coincidente en los tipos penales de cuatro tipos penales analizados, se da la obligatoriedad de demolición de la obra que invade el humedal o su área de protección, aún en los casos en que ha operado la prescripción de la acción penal, ya que lo que se busca es recomponer el ambiente al estado anterior a la existencia de la obra o del relleno.

La sentencia 213-F-96 del Tribunal Superior de Casación Penal estableció que la extinción de la acción penal no perjudica de ninguna forma la obligación de reparar el daño causado, ni impide el decomiso de los instrumentos del delito, ni la demolición de la edificación. Continúa diciendo el citado voto que la obligación de destruir la edificación constituye una obligación real y específica que se establece en función del interés público, frente a esta disposición prohibitiva no interesa determinar al sujeto causante de tal hecho. Lo importante es impedir que se mantenga una situación en la que se incumple una prohibición clara como la contenida en el artículo 13 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, en este sentido el ilícito sigue siendo típico y antijurídico, pero no culpable por motivos de haber operado la prescripción de la acción penal, pero se mantiene el mandato judicial en el que se ordenó la demolición de la edificación.⁹²

Tratándose de humedales que hayan sido declarados Área Silvestre Protegida, el Ministerio de Ambiente posee autoridad de policía y puede en la vía administrativa, realizar

el derribo de edificaciones, potestad que se encuentra reforzada por el artículo 34 de la Ley Orgánica del Ambiente que le otorga facultades para eliminar cualquier invasión, en cualquier momento. Misma prerrogativa goza el propietario privado de un terreno donde se encuentre un humedal, siempre y cuando lo haya sometido voluntariamente al régimen forestal.

VI.3. Delito de explotación de flora y fauna silvestre dentro de humedales y sus áreas de protección.

El numeral 61 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre dispone que quien explote, sin la debida autorización, la flora o fauna existentes en dicha zona o los manglares, será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, sin perjuicio de las sanciones de otro tipo que procedieran, y salvo que el hecho implique un delito de mayor gravedad.

De acuerdo con el Decreto Ejecutivo 7210-A del 19 de julio de 1977, los manglares o bosques salados que existen en los litorales continentales o insulares y esteros del territorio nacional, y que forman parte de la zona pública en la Zona Marítimo Terrestre, constituyen reserva forestal, y están sujetos a la ley Forestal y a todas las disposiciones de ese decreto. Esto implica que las mismas constituyen áreas silvestres protegidas y que gozan de protección subsidiaria que les otorga la Ley Forestal y la Ley de Conservación de Vida Silvestre, de suma utilidad para todos aquellos casos en que no es posible la aplicación la Ley de Zona Marítimo Terrestre.

92 También sobre el tema puede consultarse el voto constitucional número 5756-96.

En los casos de excepción previstos en la Ley de Zona Marítimo Terrestre, y en aquellos humedales y sus áreas de protección, que por sus características no constituyen ni esteros ni manglares, el tipo penal a aplicar por la extracción o destrucción de la flora silvestre es el establecido por el numeral 90 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre que al efecto reza: “Será sancionado con una multa de diez mil colones a cuarenta mil colones, convertibles a pena de prisión de dos a ocho meses y con el comiso de las piezas que constituyen el producto de la infracción, quien extraiga⁹³ o destruya⁹⁴ sin autorización, las plantas o sus productos en áreas oficiales de protección o en las áreas privadas debidamente autorizadas”.

Tratándose de aprovechamiento forestal tanto dentro del humedal como en sus áreas de protección, el delito a aplicar sería el previsto en el inciso b) de la Ley Forestal que al efecto dispone: “Se impondrá prisión de tres meses a tres años a quien: b) Aproveche los recursos forestales en terrenos patrimonio natural del Estado, y en las áreas de protección para fines distintos de los establecidos en esta ley”. El término “aprovechamiento” que utiliza este tipo penal, no sólo implica la extracción y comercialización de la madera, sino que también la corta o eliminación de árboles maderables en pie o caídos, tal y como lo prevé el artículo 3 inciso a) de la Ley Forestal cuando define el término

aprovechamiento maderable. El tipo penal de la Ley Forestal no requiere para su configuración, ni la extracción de la madera del sitio de la tala, ni su comercialización, bastando la sola corta o eliminación del árbol situado en área protección aunque sus restos permanezcan en el sitio

En cuanto al aprovechamiento irregular de la fauna silvestre, y tratándose de caza sin autorización en áreas oficiales de conservación o en áreas privadas debidamente autorizadas, la pena prevista es de veinte mil colones a cuarenta mil colones, convertibles a pena de prisión de cuatro a ocho meses y con el comiso del equipo utilizado y de las piezas que constituyan el producto de la infracción, tal y como lo prevé el artículo 94 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre.

Por último, en materia de pesca el artículo 102 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre prevé una sanción de tipo económico y el comiso del equipo, a quien pesca en aguas continentales, ríos, riachuelos y quebradas hasta su desembocadura, lagos, lagunas y embalses de propiedad nacional, empleado explosivos, arbaletas, atarrayas, chinchorros, líneas múltiples, trasmallos o cualquier otro método que ponga en peligro la continuidad de las especies. La sanción económica es mayor si se efectúa la pesca, en aguas continentales, empleando venenos, cal, o plaguicidas.

93 El artículo 2 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre define “extracción de la flora” como “acción de recolectar o extraer plantas silvestres, sus productos o subproductos, en ambientes naturales o alterados

94 En cuanto a la acción de eliminar, se debe entender que se trata de la destrucción de la flora. Se asemeja a la destrucción en el tanto que, eliminar la flora silvestre en los términos del tipo, se puede hacer mediante su recolección, corta, separación, pero también se puede eliminar por métodos distintos, como la quema o el envenenamiento, el depósito de materiales y desechos sobre la flora o su remoción junto con la capa fértil.

VI.4. Usurpación y desvío de aguas provenientes de un humedal

El inciso primero del numeral 226 del Código Penal sanciona con prisión de un mes a dos años y de diez a cien días multa al que, con propósito de lucro, desvíe a su favor aguas públicas o privadas que no le corresponden o las tome en mayor cantidad que aquella a que tiene derecho.

El término “desviar a su favor” implica siempre un ánimo de lucro por parte del sujeto activo del delito. Se debe recordar que todas las aguas son de dominio público independientemente de su origen o ubicación, y que por tanto el bien jurídico tutelado lo es el recurso hídrico. Este tipo penal pretende además, darle protección a los caudales ambientales como elemento indispensable de los ecosistemas acuáticos para asegurar su integridad, calidad y cantidad.⁹⁵ También le da tutela a los derechos de terceros sobre esas aguas y los del Estado por tratarse de un bien demanial. Por otra parte, la ley de agua vigente establece una serie de usos comunes de las aguas superficiales, las cuales no necesitan concesión o permiso de uso, siempre y cuando no produzcan una alteración de la calidad de las aguas y estas discurran por sus cauces naturales sin ser desviadas. Estos usos al no requerir ningún tipo de permisos por parte de

la autoridad administrativa, estarían fuera de la tipicidad del delito de comentario.⁹⁶

Por tanto, el aprovechamiento del recurso hídrico sin contar con la autorización estatal debida, por medio de las figuras jurídicas de la concesión o permiso de uso, configuraría la conducta delictiva que prevé el tipo penal en estudio.

VI.5. Delito de contaminación de aguas de un humedal

El numeral 132 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre dispone que: “Se prohíbe arrojar aguas servidas, aguas negras desechos o cualquier sustancia contaminante en manantiales, ríos, quebradas, arroyos, permanentes y no permanentes, lagos, marismas y embalses naturales o artificiales, esteros, turberas, pantanos, aguas dulces y salobres y saladas”.

Por su parte el numeral 162 de la Ley de Aguas vigente expone “Sufrirá sanción de tres meses a un año o multa de ciento ochenta a setecientos veinte colones: 1) El que arrojar a los cauces de agua pública lamas de las plantas beneficiadora de metales, basuras, colorantes o sustancias de cualquier naturaleza que perjudiquen el cauce, o terrenos de labor, o que contaminen las aguas haciéndolas

95 Por caudal ambiental se debe entender “El régimen hídrico que se establece en un río, humedal o zona costera para sustentar ecosistemas y sus beneficios donde hay empleos del agua que compiten entre si y donde los caudales están regulados. Debe distinguirse entre la cantidad de agua que se necesita para sustentar un ecosistema en su estado cercano a prístino, y la que podría eventualmente asignarse al mismo luego de un proceso de evaluación ambiental, social y económica. Es último recibe el nombre de caudal ambiental, y será un caudal que sustente el ecosistema en un estado menos que prístino.” Dyson M, Bergkamp G., y Scanlon, J. “Caudal, elementos esenciales de caudales ambientales”, Unión Mundial para la Naturaleza, 2005, página 3

96 De conformidad con el numeral 11 de la Ley de Aguas estos usos comunes son los siguientes: beber, lavar ropas, vasijas y cualquier otro objeto, bañarse y abrevarse o bañar caballerías y ganado.

dañosas a los animales o perjudiciales para la pesca, la agricultura o la industria, siempre que tales daños causen a otros pérdidas por suma mayor a cien colones”.

Además el artículo 261 del Código Penal sanciona con prisión de tres a diez años, al que envenene, contamine o adultere, de modo peligroso para la salud, aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o de una colectividad. Se el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de ocho a dieciséis años de prisión.

El bien jurídico tutelado por el delito del 261 del Código Penal lo es la salud humana, y subsidiariamente, el recurso hídrico como elemento integrante del medio ambiente. Este delito exige para su configuración que la contaminación de las aguas ponga en peligro la salud, sin que se requiera un daño o resultado concreto, pero si un peligro actual, real o inminente, por tratarse de un delito de peligro concreto.

Por su parte, el tipo penal previsto por el artículo 132 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, tiene como bien jurídico la protección del recurso hídrico y los ecosistemas circundantes incluyendo las

áreas de protección, independientemente de la calidad del agua del cuerpo receptor ni de la flora y fauna del área de protección, por tanto no interesa que el cuerpo receptor ya se encuentre contaminado, pues la conducta punible es arrojar, verter o depositar y no “contaminar”. No requiere que la conducta ponga en peligro la salud humana, ni tampoco daños graves al recurso hídrico, ni a las áreas de protección, por lo que se convierte en un delito de peligro concreto al no exigir que se verifique una contaminación efectiva.

Este tipo penal se configuraría con casi cualquier conducta, incluso con el arrojado una cáscara de maní sobre un humedal o su área de protección, pues se habla de cualquier material, sustancia o desecho, por ello, reviste especial importancia la correcta aplicación del principio de oportunidad atendiendo a la insignificancia o ausencia de la afectación del bien jurídico tutelado, lo anterior con el fin que el sistema judicial no se vea atascado de procesos penales con escasa o ninguna afectación al bien jurídico que se pretende tutelar.

Por último es importante tomar en cuenta el tipo penal del numeral 272 bis del Código Penal que sanciona arrojar o depositar en bienes del Estado, desechos materiales de cualquier tipo o sustancias que por su peligrosidad o

toxicidad, causen daño grave a la salud pública o al medio ambiente, lo anterior por tratarse de bienes públicos todas las aguas que se encuentren dentro del territorio nacional.⁹⁷

VI. EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL Y PLANES DE MANEJO

El artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente dispone que todas las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán de una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental. Su aprobación previa, por parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos. A la vez establece que las leyes y reglamentos indicarán cuáles actividades, obras o proyectos requerirán de evaluación de impacto ambiental.⁹⁸

Como punto de inicio del presente análisis es importante tomar en cuenta que si bien, la Convención Ramsar expresamente no cita textualmente el término Evaluación de Impacto Ambiental, esto por haber sido suscrita con anterioridad a la generalización de dicho concepto, lo cierto del caso es que mediante su artículo 3 estableció la obligación de las Partes Contratantes de elaborar y aplicar planes de gestión de forma que favorezcan la conservación de las zona húmedas, y siempre que fuere posible, la explotación racional de los humedales y su territorio.

Respecto a la normativa nacional, el artículo 43 de la Ley Orgánica del Ambiente establece la obligatoriedad de realización previa de Evaluación de Impacto Ambiental en el caso que las obras o infraestructura que se construya sobre un área de humedal pueda causar un posible daño sobre el ecosistema. A la vez, el

⁹⁷ En Costa Rica todas las aguas (superficiales, subterráneas, territoriales y atmosféricas), así como las fuerzas que de ellas se obtienen, son consideradas bienes de dominio público. El Estado es quien otorga, regula, controla y administra todas las aguas, sus nacientes, los vasos de los lagos, laguna y esteros de corrientes permanentes o intermitentes, superficiales y subterráneas, así como los materiales no metálicos que se acumulen en los cauces y en los vasos. Los bienes del Estado se caracterizan por ser de su exclusiva titularidad y porque tienen un régimen jurídico especial. Se trata de bienes imprescriptibles, inalienables e inembargables, no susceptibles de ser apropiados por particulares ni por la misma Administración Pública, de ahí que su uso o aprovechamiento requiere de un marco que los regule o de un acto expreso de autorización legislativa. La explotación del recurso se posibilita mediante la aplicación de tres posibles figuras: 1) Concesión: figura jurídica por medio de la cual se permite el aprovechamiento de aguas, materiales y bienes conexos a personas privadas, físicas o jurídicas. 2) Asignación: figura jurídica por medio de la cual se permite el aprovechamiento de aguas, materiales y bienes conexos a las instituciones estatales y de participación estatal. 3) Permiso: figura jurídica por medio de la cual se permite el aprovechamiento de aguas, materiales y bienes conexos para labores transitorias o especiales, a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

⁹⁸ Esta disposición encuentra asidero jurídico en el derecho internacional ambiental, específicamente en el principio 17 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza y el artículo 14 de la Convención sobre la Diversidad Biológica, así como en la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica la cual en el voto 2001-938 determinó lo siguiente “Así, el otorgamiento de permisos de obra cuando existe de por medio, proyectos de desarrollo, humedales, entre otros, debe hacerse en estrecha relación con las autoridades de SETENA, quien es la encargada de velar y aprobar las transformaciones humanas sobre el medio ambiente, para que éstas garanticen la sostenibilidad ambiental para futuras generaciones, lo que, en el mejor de los casos, la entidad accionada, resolvió inadvertidamente, permitiendo que el proyecto iniciara y su desarrollador ejecutara más allá de sus facultades y sin lo autorizado por el SETENA”.

artículo 44 del mismo cuerpo normativo dispone que para realizar actividades que afecten este tipo de ecosistemas o amenacen la vida dentro de un hábitat de esa naturaleza, el Ministerio de Ambiente y Energía exigirá al interesado una evaluación de impacto ambiental. También reviste importancia citar el numeral 92 y siguientes de la Ley de Biodiversidad, la cual exige la presentación de EIA de todos los proyectos cuando se considere que pueden afectar la biodiversidad, esto último debido a la gran riqueza en diversidad biológica que caracteriza a los ecosistemas de humedal, especialmente aquellos situados cerca de las costas.

La Evaluación de Impacto Ambiental determinará si las actividades que se pretenden desarrollar son ambientalmente posibles o bien, restringir las actividades sometidas a consideración como condición previa a su aprobación. El ente encargado de aprobar o improbar las EIA deberá tomar en cuenta, previo a rendir su dictamen, las prohibiciones establecidas de manera genérica sobre actividades que se desarrollen sobre humedales contenidas en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Ambiente, tales como: interrumpir los ciclos naturales de los ecosistemas de humedal como la construcción de diques que eviten el flujo de aguas marinas o continentales, drenajes, desecamiento, relleno o cualquier otra alteración que provoque su deterioro o eliminación.

Al respecto, el artículo 11 del Reglamento a la Ley Forestal⁹⁹ dispone que la Administración Forestal del Estado concederá permisos

de uso del patrimonio natural del Estado únicamente a aquellos proyectos que no requieran aprovechamiento forestal y no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos, estableciendo como excepciones el interés público y sujeto a un Estudio de Impacto Ambiental y al cumplimiento de sus recomendaciones. “La lógica del reglamento es permitir actividades que puedan ser de interés de toda la sociedad y bajo los controles y garantías que otorga una evaluación de impacto ambiental”.¹⁰⁰

En esa misma línea, el decreto ejecutivo número 29342-MINAE en su artículo 5 dispone que toda actividad que se realice sobre un ecosistema de humedal requerirá de un Estudio de Impacto Ambiental. Además establece en su numeral 1 que para toda renovación de permisos de uso existentes en áreas de manglar relacionadas con la producción de sal o de camarones, deberá presentarse por parte del interesado un Plan de Manejo en el momento de hacer la solicitud ante el Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo 28474-MINAE del 03 de marzo de 2000 denominado Reglamento para el desarrollo de proyectos de producción de moluscos y ecoturísticos en el Pacífico Central, autoriza al Ministerio de Ambiente y Energía a otorgar permisos de uso en la zona de manglar desarrollados por comunidades costeras organizadas, exigiendo como requisitos entre otros, la existencia de un plan de manejo y el otorgamiento previo por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental de viabilidad ambiental.

99 Decreto Ejecutivo número 25721-MINAE publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 16 del 23 de enero de 1997

100 Cabrera, J., “Manual de Legislación Ambiental Costarricense”, Editorial Jurídica Continental, San José, 2006, página 203.

El tema procedimental relativo a los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental es regulado mediante el Decreto Ejecutivo 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC del 24 de mayo de 2004, denominado Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), el cual en su anexo 1 incorporado por el artículo 12 del Decreto Ejecutivo N° 32734 del 09 de agosto de 2005, denominado Listado de proyectos, obras y actividades obligados según leyes específicas a cumplir el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental o de Estudio de Impacto Ambiental ante la SETENA, establece la obligatoriedad de exigir un Estudio de Impacto Ambiental a todas aquellas proyectos, obras o actividades a realizar en un ecosistema de manglar. De igual forma exige la realización de un plan de manejo aprobado por el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, previo a toda renovación de permiso de uso existente en áreas de manglar, relacionado con la producción de sal o de camarones.

Del análisis de la normativa expuesta, se llega a la ineludible conclusión que, previo a la realización de una obra, proyecto o actividad que pueda afectar negativamente un ecosistema de humedal, es necesario que el desarrollador cuente con viabilidad ambiental debidamente extendida y aprobada por el órgano competente en la materia, que en el caso costarricense lo es la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA).¹⁰¹

La exigencia por parte de la SETENA de una Evaluación de Impacto Ambiental no despeja ninguna duda si la obra, proyecto o actividad a desarrollar sobre un humedal es nueva, y por tanto no inexistente al momento de iniciar actividades. Diferente es la situación, si la obra, proyecto o actividad es persistente y por tanto se encuentra en ejecución al momento de solicitar viabilidad ambiental, como podría ser la rehabilitación de un muelle o de una obra de protección costera (espigón). Lo anterior debido a que por definición, una Evaluación de Impacto Ambiental es un procedimiento administrativo científico-técnico que permite identificar y predecir cuáles efectos ejercerá sobre el ambiente, una actividad, obra o proyecto, cuantificándolos y ponderándolos para conducir a la toma de decisiones, lo que implica necesariamente que el proyecto, obra o actividad debe ser nuevo y por tanto, no existir previamente.

Esto implica que no se le puede exigir una Evaluación de Impacto Ambiental a las actividades, obras o proyectos que ya se encuentren en operación.¹⁰² La herramienta a utilizar en estos casos especiales se denomina Diagnóstico Ambiental, la cual es definida por la doctrina especializada como “Instrumento de evaluación ambiental que se efectúa en una acción humana que ya opera y por ende los impactos son determinados mediante sistemas de evaluación basados en

101 Creada mediante la Ley Orgánica del Ambiente.

102 Este es el criterio esbozado por la Comisión Plenaria de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental del Ministerio de Ambiente de Energía mediante el oficio CP-249-2006-SETENA del 08 de agosto de 2006, por medio del cual se llega a la conclusión de la existencia de un vacío legal en el ordenamiento jurídico costarricense que establezca un procedimiento de diagnóstico ambiental aplicable a obra o proyectos que se encuentren en operación.

muestreos y mediciones directas, o bien, por el uso de sistemas analógicos de comparación con eventos o entidades similares. Su objetivo es determinar acciones correctivas necesarias para mitigar impactos adversos¹⁰³

Por ello, y siguiendo el criterio anterior, las obras, actividades y proyectos que se realizan sobre humedales y que son persistentes, no se les podría aplicar la herramienta de Evaluación de Impacto Ambiental, sino que deben ser sometidos a un proceso de Diagnóstico Ambiental para obtener la respectiva viabilidad ambiental.

CONCLUSIONES

Tal y como se ha expuesto, los humedales constituyen un importante sitio de alimentación, refugio y reproducción para una gran variedad de especies silvestres, por lo que reviste especial importancia su protección y conservación.

Los ecosistemas de humedal se han visto amenazados y degradados en las últimas décadas como consecuencia directa del aumento de la población humana, la agricultura intensiva, la urbanización, la contaminación, la sobreexplotación de los recursos marinos y otras formas de intervención en el sistema ecológico e hidrológico.

El manejo racional integrado de los recursos marinos y costeros, incluidos los manglares, contribuye a satisfacer las necesidades de investigación, recreación, educación ambiental, belleza escénica, así como el

aprovechamiento de los recursos naturales renovables, explotados racionalmente, en concordancia con lo que establece la Resolución VIII de la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional, ratificada por Costa Rica según Ley N° 7224 del 9 de abril de 1991.

Debe tenerse presente que el desarrollo de las actividades de pesca, turismo, cabotaje, navegación, transporte, comerciales e industriales, se encuentran íntimamente relacionadas con el manejo integrado de los ecosistemas de humedal.

Por ello, los humedales y su conservación fueron declarados de interés público por la Ley Orgánica del Ambiente, estén o no estén protegidos por las leyes que rijan esta materia; por consiguiente, cualquier actividad a realizar dentro de estos ecosistemas debe cumplir con todos los requisitos que dicta la normativa jurídica vigente tales como la realización previa de una Evaluación de Impacto Ambiental y de planes de manejo.

Con el fin de cumplir con la protección y conservación de este tipo de ecosistemas, Costa Rica se comprometió a cumplir las Resoluciones VII.5 y VII.28 de la séptima conferencia de las partes, realizada del 9 al 20 de febrero del 2004, de la Convención sobre Diversidad Biológica, incluyéndose como prioridades: Integrar las Áreas Protegidas en paisajes terrestres y marinos más amplios de manera de mantener la estructura y función ecológicas; Regenerar y rehabilitar los

hábitat y los ecosistemas degradados, según proceda, como contribución a la creación de redes ecológicas, corredores ecológicos y/o zonas intermedias; Establecer políticas y mecanismos institucionales con la plena participación de las comunidades indígenas y locales, para facilitar el reconocimiento legal y la administración eficaz de las áreas conservadas por las comunidades indígenas y locales, de manera consecuente con los objetivos de conservar tanto la diversidad biológica como los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales; Utilizar los beneficios sociales y económicos generados por las áreas protegidas para aliviar la pobreza, en concordancia con los objetivos de la administración de áreas protegidas; Intensificar y afianzar la participación de las comunidades indígenas y locales y de todos los sectores interesados; Prevenir y mitigar los impactos negativos de amenazas graves a áreas protegidas aplicando evaluaciones de impacto ambiental a todo plan o proyecto con el potencial de producir efectos sobre las áreas protegidas.

Portanto, se concluye que Costa Rica cuenta con numerosa pero dispersa normativa, de carácter local e internacional, para proteger, conservar y utilizar racionalmente los ecosistemas de humedal, pero se falla en la implementación y puesta en práctica de la política regional y nacional de humedales, y es ahí donde deben tomarse acciones inmediatas para evitar la pérdida de tan importantes ecosistemas.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar, G., Iza, A., "Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica" UICN, San José, 2005.

Aguilar, G., Iza, A., "Gobernanza de aguas compartidas: aspectos jurídicos e institucionales", UICN, San José, 2007

Aguilar, A., González, M. "Manual de Legislación sobre Humedales de Costa Rica", UICN, San José, 1998.

Aguilar, A., Cruz, M., Jiménez, M., "Manual de Regulaciones Jurídicas para la Gestión del Recurso Hídrico en Costa Rica", CEDARENA, San José, 1998.

Cabrera, J., "Manual de Legislación Ambiental Costarricense", Editorial Jurídica Continental, San José, 2006.

Castillo, F., "El concurso de delitos en el derecho penal costarricense", publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1981.

CCAD/UICN/ORMA, "Instrumentos para la agilización, armonización y modernización de los sistemas de EIA en Centroamérica

Circular 01-2005 "Política de Persecución Penal Ambiental, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Poder Judicial, San José, 2005

103 CCAD/UICN/ORMA, "Instrumentos para la agilización, armonización y modernización de los sistemas de EIA en Centroamérica", 2006, San José, página 21.

Dyson, M., Bergkamp, G., y Scanlon, J. "Caudal, elementos esenciales de caudales ambientales", UICN, 2005.

Peña, M., "La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental", Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, abril 2003, número 94, México, y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 28 de marzo de 2006, año IX, Argentina, www.elDial.com

Peña, M., "El rol del derecho penal en la protección del ambiente", Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VIII, setiembre 2003, número 99, México.

Peña, M., "La condena de ejecución condicional de la pena en los delitos ambientales", Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VIII, noviembre 2003, número 101, México y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 11 de abril de 2006, año IX, Argentina, www.elDial.com, y en Ciberjura Portal Jurídico Peruano, www.ciberjura.com.pe, 16 de agosto de 2006, Perú.

Peña, M., "La tutela jurídica del paisaje", Revista Lex Difusión y Análisis, Edición Especial Décimo Aniversario, año IX, junio

2005, número 120, México. Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, número 6, setiembre de 2005, Paraguay, www.idea.org.py/rda/ , y en Revista Electrónica de Derecho Ambiental "Medio Ambiente & Derecho", Universidad de Sevilla, número 12-13, diciembre 2005, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Peña, M., "Manejo Integrado del Recurso Hídrico en la nueva Ley del Recurso Hídrico de Costa Rica", Revista Lex Difusión y Análisis, año XI, mayo 2006, número 131, México, en Ciberjura Portal Jurídico Peruano, www.ciberjura.com.pe, 16 de agosto de 2006, Perú, y en Revista Electrónica de Derecho Ambiental "Medio Ambiente & Derecho", Universidad de Sevilla, número 14-15, diciembre 2006, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

Peña, M. "Manual de regulaciones jurídicas para el aprovechamiento de las aguas subterráneas": Revista Lex Difusión y Análisis, año XI, abril 2007, número 142, México, y en página web de la Asociación Costarricense de Derecho Ambiental: www.acdacr.org

Sagot, A., "Jurisprudencia del Recurso Hídrico y Forestal", Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004.

EL GOBIERNO DE FEDERICO TINOCO (INICIO DE LA "LIBERALIZACIÓN" DEL RÉGIMEN REPUBLICANO AUTORITARIO)

*Dr. Wilbert Arroyo Álvarez
Catedrático, UCR*

"Sin caer en determinismos, podemos colegir que la suerte que corrió el periódico "El Informador" (sic) en tal época, como lo analiza el autor con su cauta prudencia, pone de manifiesto la importancia que juega en la opinión pública la sabiduría con la que se debe informar y comunicar"

Yves de La Goublaye de Ménorval y Rodríguez-Quirós¹

INDICE

PREFACIO

I. CONTEXTO TEMPORAL

II. EL GOBIERNO DE ALFREDO GONZÁLEZ FLORES: ANTECEDENTE.

III. LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL: BREVES APUNTES RELACIONADOS CON COSTA RICA

IV. EL GOBIERNO DE FEDERICO TINOCO

V. EL INICIO DEL FIN DE LA DICTADURA

BIBLIOGRAFÍA

¹ Aguilar Bulgarelli Oscar, "FEDERICO TINOCO GRANADOS", <http://www.clubdelibros.com/repotinoco.htm>

PREFACIO

La historia que no se cuenta en pocas cuartillas puede convertirse en ficción de novela. Así, la historia de este régimen llena bibliotecas. Por ello, lo que se escribe es sólo el resultado de las lecturas de muchos libros y por medio de la INTERNET (v. bibliografía). Así, la exposición trata de ser una unidad, aunque a la vez se han dividido y entrelazado los temas, sin perder su hilo conductor. La Historia, como unidad, debe entenderse en ese sentido, cuando tratando de explicar hechos, donde participaron hombres y mujeres, aquéllos se van sucediendo simultáneamente, (espacio-tiempo) y ese fue el objetivo en la forma. Por ello sólo si lo amerita, se hace cita expresa, pues, por lo demás, la pretensión del “narrador” no es “ser original”, o sea que lo dicho sea fruto de una investigación propia y profesional de “fuentes primarias” (Archivo Nacional, por ejemplo). Sólo se espera que sea, sí, sustentada, de modo que los hechos sean transmitidos como “pasado cierto”, contado de manera, esperamos, amena, como hoy se presenta el presente estudio.

I. CONTEXTO TEMPORAL.

Empieza un nuevo siglo, hace poco más de cien años. Costa Rica cuenta con pocos habitantes (cuatrocientos mil) y una economía diversificada entre café, banano y caña.

Según Eduardo Oconitrillo² la sociedad costarricense, de principios de siglo XIX, era un contraste extremo entre oligarquía y el pueblo pobre.

En ese medio, resaltan las figuras de tres hombres adinerados: Alfredo González Flores, Federico Tinoco Granados y Joaquín Tinoco Granados.

Hay que tener en cuenta, para dar contexto a los hechos que se vivirán, y ver, en perspectiva, lo que aconteció en el último tercio de ese siglo.

También, hay que recalcar que la gente del pueblo, analfabeta en su gran mayoría, no era considerada para cargos públicos y sólo unos pocos oligarcas poderosos (cafetaleros y financistas) eran los elegidos. El resto eran considerados personas “no civilizadas” y hasta se les llamó “bárbaros”.

Valga tener como dato importante que los “ricos”, y quienes movían la economía del país, no pagaban tributo alguno.

La destilería de licor nacional e impuestos sobre bienes y servicios, pagados por el pueblo, eran los que mantenían a un “Estado”, con pocas instituciones, como el ejército (1860) y por tanto el interés de hacerse del gobierno era más como elemento de *status social*, que, de paso, facilitaba privilegios y favores entre los “pudientes”.

En ese último tercio del siglo XIX y 1919, año en que cae la dictadura de los Tinoco, se da una liberalización del régimen republicano autoritario, o sea, se puede hablar de “opositores al gobierno”, aunque sin un sustento constitucional y legal que les garantizara plena acción y movimiento.

² Eduardo Oconitrillo, “Los Tinoco”, <http://www.historia.fcs.ucr.ac.cr/tcu/tinoco/html/00.htm>

³ ESTADO DE LA NACIÓN, CAP II, “La Larga Transición de la democracia en Costa Rica”. pdf, 2002.

No obstante esa falta de formalidad institucional, que permitiera una real “legitimación” política, se dieron hechos, como los de 1889, que es el año que se tiene como en el que “nació la democracia”, pues la oposición pudo hacerse del gobierno, dejando de ser la elección de gobernantes cosa de militares y políticos “de salón”.(En las elecciones de ese período gana la oposición, al mando de José Joaquín Rodríguez, luego que Bernardo Soto le cediera la presidencia a Carlos Durán, que era el primer designado)

El año de 1902, que marca el fin de la presidencia de Rafael Iglesias (1894-1902), por vías democráticas y no militares, proporciona, en adelante, un “procedimiento” de elección, que, como se verá, es usado por Federico Tinoco para legitimar su presidencia y el posible reconocimiento del presidente estadounidense W. Wilson.

Ejemplo a resaltar de esa *liberalización democrática de la república* es la “real” separación del Poder Judicial del Ejecutivo y Legislativo, pues por medio de una ley de 1887 se garantiza la independencia del Poder Judicial.

El final de siglo XIX también marca el inicio del fin de la “generación del Olimpo”, entre quienes destacan, Tomás Guardia, Rafael Iglesias, Jesús Jiménez, Ricardo Jiménez, Próspero Fernández, Bernardo Soto, Cleto González Víquez, entre otros.

Puede decirse que en este último tercio de siglo, ya los golpes de estado dieron paso a una incipiente elección democrática del poder, con la excepción del uso que dio el Ministro de Guerra, Joaquín Tinoco, al ejército, como se verá, pues, luego del golpe, fue necesario realizar elecciones (aunque espurias) para darle legitimación al gobierno de facto de su hermano Federico.

La liberalización democrática, que deja de ser casi un rito religioso más, y por el que se establecen instituciones electorales, aunque limitadas por estar siempre sujetas al Ejecutivo, hizo que, aunque la oligarquía no dejara de estar muy activa, se diera un ambiente de competencia cada vez más fuertes (Así, surgen los gamonales de pueblo como medios de atraer votos. A estos se les llamó los “*Hermenegildo*”)

Se habla, entonces, de la necesidad de reconocimiento de los de “abajo”, sin desatender a los de “arriba”, estando en aquellos los trabajadores y artesanos urbanos y quienes estaban en enclaves bananeros y mineros. Surge, pues, la “cuestión social”, como parte del discurso político tan ausente en la segunda mitad del siglo XIX.

Igualmente, resalta las posibilidades de criticar al gobierno de turno (o de apoyarlo, según se viera) por lo que se da un auge en la circulación de periódicos.

No obstante la “liberalización democrática”, iniciada a hacia finales de siglo y principios del XX, aún no existe un Estado de Derecho (como se apunta más adelante, sobre todo en la segunda mitad del siglo pasado) que defendiera las garantías civiles y políticas de los costarricenses.

Se dice que hubo un comportamiento “cíclico”³ pues, precisamente, el gobierno de Tinoco (junto al de Yglesias y Rodríguez) cierra esta época, de fines de siglo XIX.

De los “logros” de la época, destaca la centralización del poder (que deja de serlo en la difuminación de los municipios) y con ello, por ejemplo, la educación, pasa a ser un asunto de Estado.

También se señala, en este período, la consolidación de la “identidad nacional” (“La Suiza Centroamericana”; “La Pequeña Metrópoli”, para llamar a la capital; el “Héroe Nacional”, en la figura de Juan Santamaría; El Teatro Nacional; La Biblioteca Nacional, entre otros “símbolos” patrios) y, en general, un “almanaque patrio”, con fechas de celebración, como el 15 de setiembre: día de la Independencia Nacional.

Igualmente, se tejen ciertos “mitos” como el del “pacifismo” de los costarricenses; la descendencia costarricense, “*casi pura*”, de origen europeo; la nación clánica: Costa Rica es una nación de “*hermaníticos*”. Se generaliza la expresión “civilización” si de “ticos” se habla y de “paisas” o “indios”, si se trata de “otros”, allende fronteras.

En punto a “los Tinoco”, como un paréntesis en esta liberalización de la democracia costarricense, una vez derrocada la dictadura, se “reanuda” la transición democrática, que concluye con la Revolución , encabezada por José Figueres Ferrer, en 1948, como el último gobierno de facto, asumido por una Junta (Fundadora de la Segunda República), la abolición del ejército como institución permanente, la creación del Tribunal Supremo de Elecciones, y de otras instituciones democráticas que subsisten y son reforzadas hasta el día de hoy

II. EL GOBIERNO DE ALFREDO GONZÁLEZ FLORES: ANTECEDENTE.

Hacia 1870 los liberales estaban en su apogeo y la “generación del Olimpo”, ponía y quitaba presidentes, nombrándose entre unos y otros, como algo natural y hasta “lógico y normal”

pues así resultaba por el hecho de ser parte de “la aristocracia” de Costa Rica, representantes del *status quo* imperante de la época, con sus “caudillos” (Jesús Jiménez, su hijo Ricardo; Rafael Iglesias, etc.), que encabezaban las “buenas familias”.

Cuando se tenía que definir el sustituto de Ricardo Jiménez, tres fueron los candidatos, Carlos Durán, Máximo Fernández y Rafael Yglesias.

No obstante, ninguno es elegido y, con argucias de D Ricardo y de D Federico Tinoco, diputado en el Congreso, se decidió nombrar a alguien quien no había sido candidato, sino que era el Primer Designado : D Alfredo González Flores.

Ese año, 1914, al otro lado del continente, estalla la Primera Guerra Mundial, en que los países europeos se declaran la guerra, a raíz de los asesinatos del heredero al trono de Austria y su esposa, acaecidos en Serbia.

Con ese hecho militar, Costa Rica, como se verá más adelante, es seriamente afectada y la economía languidece y casi desfallece.

El presidente González pidió al Congreso poderes extraordinarios para enfrentar la crisis económica y decretó, entre otras medidas, la creación del “Banco Internacional de Costa Rica”, que podía emitir papel moneda y hacer préstamos.

La Hacienda se mantenía sobre todo con impuestos indirectos, pues los ricos no pagaban ni un cinco en impuestos, lo que cambió y a la postre fue el detonante para el golpe de estado contra D Alfredo, como se concluirá abajo, por parte de los cafetaleros y los ricos comerciantes y banqueros de entonces.

La Banca privada y sus dueños estaban furiosos con el nuevo gobierno por la creación de aquel Banco pues, astutamente, les obligó a pagar impuestos sobre la renta (impuestos directos), que afectaba a toda la oligarquía y fue el motivo justo, quizá principal, para empezar a fraguar el derrocamiento de D Alfredo.

Así, el Secretario de Guerra de D Alfredo, D Federico Tinoco, quien promovió la presidencia de González Flores y era su cercano “amigo”, toma los cuarteles y lo derroca por las armas, aunque sin derramar ni una gota de sangre, el **27 de enero de 1917**.

González se refugió en la Legación Norteamericana y más tarde huye del país, exiliado, hacia Estados Unidos.

III. LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL: BREVES APUNTES RELACIONADOS CON COSTA RICA.

Esta guerra se le llamó, antes de la segunda, la Gran Guerra o la Guerra de Guerras.

Se dio entre 1914 y 1918 y su motivo fue el señalado arriba: los asesinatos del heredero al trono de Austria y su esposa, acaecidos en Serbia.

Estuvieron involucrados 32 países, 28 de ellos llamados “aliados” (Francia, Imperio Británico y Ruso, Canadá, EE.UU., Portugal, Japón e Italia) enfrentados a las “Potencias Centrales” (Imperio austrohúngaro, alemán y otomano-turco, junto a Bulgaria).

Obviamente esta, como toda guerra, afectó también a economías de países que, salvo declaraciones formales, y aunque no participaron en forma “real” en la guerra, sí vieron afectados sus intereses pues, como es

el caso de Costa Rica, las importaciones de café y banano a Inglaterra se vieron seriamente afectadas y con ello la economía nacional.

Por lo demás, Costa Rica, estuvo alejada del acontecimiento mundial y ni siquiera fue participante de “tratativas” de paz, convocadas por EE.UU. pues el presidente W. Wilson, la excluyó pues desconoció, siempre, al gobierno tinoquista.

Por medio del Tratado de Versalles se pone fin, en 1919, con la firma de Alemania, a esta guerra, y a ella le siguieron los otros vencidos, firmando sendos tratados de “paz”. De estas conferencias, en Francia, nace La Sociedad de Naciones, antecedente de las Naciones Unidas.

Cabe anotar, por último pero no menos importante, que EEUU, desde 1823, creó la llamada doctrina colonialista, “América para los Americanos” que fue ideada y elaborada por el presidente John Quincy Adams pero es atribuida a James Monroe, pues la presentó en su 7mo discurso sobre el Estado de la Unión.

Ya en el siglo XX, EE.UU. la reafirmó, en 1904, como “Doctrina del Destino Manifiesto”, el 26vo presidente Theodore Roosevelt (Corolario Roosevelt), quien afirmó que si un país situado bajo la influencia de EE.UU. amenazaba o ponía en peligro los derechos de ciudadanos o empresas estadounidenses EE.UU. debía intervenir en el país “desquiciado” para “reorientarlo”.

Así que cuando el presidente Thomas Woodrow Wilson (28vo. presidente de EE.UU.), quien siguió una política intervencionista de ese país en Iberoamérica, ordena, en 1917 intervenir en la Primera Guerra Mundial, junto con los aliados ganadores, la doctrina Monroe estaba (y está) más presente que nunca.

Y el punto de enlace que se puede ver con los Tinoco y el tema de la II Guerra es que Federico, no hallaba qué hacer para que W. Wilson “aceptara” su gobierno, incluyendo... ¡“la declaratoria de guerra de Costa Rica contra de Alemania!”, lo que, ni así, lo convenció.

Según el historiador Aguilar Bulgarelli todo se debió a que los Tinoco no respetaron un contrato de explotación petrolera en Costa Rica con una empresa estadounidense y la cedieron a una empresa inglesa.

IV. EL GOBIERNO DE FEDERICO TINOCO.

Federico Ticono Granados nació en San José en 1868, es descendiente del nicaragüense Saturnino Tinoco y de la costarricense María Joaquina Yglesias.

Hijo de Federico Tinoco Iglesias y Guadalupe Granados Bonilla.

Casó con María Fernández (hija de Mauro Fernández) y no procrearon hijos.

Él, junto a su hermano Joaquín, se les recuerda, por algunos historiadores, como los protagonistas del único golpe de estado, *manu militari*, del siglo pasado (1917), fraguado en contra del presidente electo por el Congreso de la República en 1914, D. Alfredo González Flores.⁴

D. Federico fue agricultor y comerciante, de gran solvencia económica. Vivía donde hoy está el Teatro Melico Salazar, en una gran casa, de las más ostentosas de ese tiempo

y la única que tenía un piano de cola, traído desde Francia.

A él se le tenía el mote de “Pelico”.

Muy asiduo a los vaivenes políticos fue el gestor de que se nombrara a D Alfredo González Flores presidente de la República y éste a su vez lo nombró como Secretario de Guerra, pues eran “muy buenos amigos”.

No obstante, cuando D Alfredo “incomodó” a las clases adineradas, de las que ambos formaban parte, le dio un golpe de estado el 27 de enero de 1917, proclamándose Presidente, primero de facto y luego, elegido en unas elecciones muy cuestionadas.

El golpe de Estado, contó con el respaldo popular y de los expresidentes, excepto de D. Ricardo Jiménez, quien se refugio en sus fincas de Cartago.

El respaldo popular fue aprovechado por Tinoco para que se legitimara su gobierno, mediante unas elecciones espurias.

El hermano de D Federico, Joaquín, fue nombrado Secretario de Guerra y ejerció el cargo con mano de hierro.

Y así, “los Tinoco” llegaron al poder.

En país vivía una situación económica difícil, sobre todo producto de la Primera Guerra Mundial, a lo que se sumó la negativa del Presidente de EEUU, Woodrow Wilson, a reconocer como “legítimo” la presidencia de Tinoco ni aún cuando éste se quiso congraciar

⁴ Ciertamente, no puede soslayarse que la Revolución Civil de 1948, produjo un gobierno de facto, la llamada “Junta Fundadora de la Segunda República”, encabezada por D José Figueres Ferrer.

con Mr. Wilson al declararle la guerra a Alemania!

En la idea de legitimar aún más su gobierno, llamó a los expresidentes a redactar una nueva constitución que no duraría mucho (1917-1919), pues luego de que es derrocado del poder se re-establece la Constitución de 1871, que fue derogada por la nueva "Constitución de Tinoco".

Aun cuando hubo elecciones, su gobierno ha sido considerado una dictadura pues el ejército se hizo del poder por las armas; además su abierta persecución a los adversarios, lo que era cosa de todos los días y las cárceles estaban llenas.

Fue un gobierno sanguinario y veía al "pueblo" como "iletrados", "vagos", y "charlatanes" que "sólo sabían tener hijos".

Fue por tal impopularidad que las acciones armadas surgieron aquí y allá, para echar a los Tinoco del gobierno, cuánto antes.

Entre los tantos que se levantaron en armas fue el periodista Rogelio Fernández Güel pero fue asesinado en Buenos Aires, en la Zona Sur, desde donde se había pertrechado para avanzar hacia San José.

Igual intento hizo Alfredo Volio, desde el Norte pero murió, súbitamente y lo substituyó D. Julio Acosta, quien a la postre se llevaría los "honorarios", aunque su lucha armada, de principio a fin, fue un rotundo fracaso.

Mientras, en la capital, con motivo de un "ajuste salarial", negativo, en contra de los maestros, hizo que éstos se movilizaran, en multitudes,

junto a los estudiantes del Liceo de Costa Rica y del Colegio de Señoritas.

Uno de los pasajes más violentos que los maestros emprendieron fue la quema del periódico "La Información", afín al gobierno tinoquista (también llamado "peliquista", por el mote de "Pelico").

Pocas semanas después, en la esquina de su casa, en Barrio Amón, es asesinado por un desconocido, hasta hoy, el Ministro de Guerra, D. Joaquín Tinoco.

Más tarde y ante petición que hizo el Presidente ante el Congreso de que se le concediera un "permiso" para salir del país, Federico Tinoco, familiares y gente cercana a él zarparon para Europa, específicamente París, donde éste muere el 7 de diciembre de 1931.

Por haber ido con permiso oficial se llevó en calidad de "gastos de representación" la bicoca de \$100.000, obtenidos, a última hora del Royal Bank of Canadá, que originaría el "caso Tinoco" y el Laudo Taft, de 1923.

Luego que Tinoco abandonó el poder (sin que las armas lo derrocaran), asumió el primer designado, Juan Bautista Quirós, quien aunque había dejado de serlo desde 1918, fue llamado a ese cargo, para tranquilizar los caldeados ánimos.

El 27 de junio de 1920 se decreta la famosa Ley de Nulidades, que, como su nombre lo indica, fue para anular toda normativa jurídica del gobierno de Tinoco, incluyendo especialmente la fugaz constitución de 1917, retomándose la de 1871, que estuvo vigente hasta 1949, cuando se promulga la Carta Magna, vigente hasta hoy.

V. EL INICIO DEL FIN DE LA DICTADURA.

La figura de **Rogelio Fernández Güel** merece una reseña aparte. Se le considera hijo preclaro de la 1era República.

Vivió en México, donde fue Director de la Biblioteca Nacional de ese Estado.

Fundó el periódico **EL IMPARCIAL**, para dar a conocer las políticas reformistas de D Alfredo.

Durante el gobierno de Tinoco fue elegido diputado y fue un celoso opositor al gobierno.

Ante su férrea oposición porque se restableciera la pena de muerte, y con el apoyo popular, junto con el D José Astúa Aguilar, insigne penalista, el gobierno tinoquista nunca le perdonó la osadía de criticarlo.

Fue así como el gobierno cerró EL IMPARCIAL y el 24 de julio de 1917 salió su último número.

Sin EL IMPARCIAL se cerró todo debate, además de que Joaquín Tinoco, en cuanto acto público intervenía, "avisaba" que toda reunión o manifestación pública o privada estaba prohibida. ¡Por eso, era una dictadura!

Por el contrario, había un periódico llamado **LA INFORMACIÓN** que era afín al gobierno de Tinoco, aunque no de su propiedad.

El 10 de noviembre de 1917 se dio la persecución de opositores al gobierno, como los Volio, de Cartago y Fernández Güel y sus hermanos, a quienes, antes, se le había puesto en vigilancia, luego de actos de sabotaje (hoy se diría de terrorismo), como la explosión con pólvora en el Cuartel Principal de San José que dejó más de 60 muertos.

Pero Jorge y Alfredo Volio burlaron el cerco y se fueron a Panamá, donde inició la revolución contra los Tinoco. No obstante, los Volio, perdieron la batalla en la zona sur y, entonces, se desplazaron a Nicaragua, donde no fueron bien recibidos por ese gobierno y deciden marcharse a Honduras.

Por su parte Fernández Güel se desplaza al sur, fue muerto por las tropas tinoquistas de dos tiros en la cien, estando ya herido. El único que se salvó fue Salvador Jiménez, ilustre abogado y profesor de derecho, quien pudo llegar a Panamá para reiniciar la lucha.

Tres días después se supo, en San José, de la muerte de Fernández Güel y eso desanimó y amainó las revueltas, por un tiempo.

No obstante y luego de la muerte de Alfredo Volio, desde Nicaragua, avanza una incursión, jefada por Julio Acosta. Era el 5 de mayo de 1919. La batalla fue sofocada y hubo un retiro de los insurgentes.

No obstante el Secretario de Guerra, Joaquín Tinoco, se fue a la pelea, hacia el norte y ahí comenzó lo que se conoce como la **Revolución del Zapoá**, que, dados los grandes gastos, dejó en quiebra las escuálidas arcas estatales.

Por ello, en San José los inspectores de educación fueron llamados para hacer circular una orden del gobierno que obligaba a los maestros a pagar un "tributo de guerra". Este fue el detonante de una revuelta en la ciudad que llevaría al derrocamiento definitivo.

Los maestros que no firmaran aquella circular serían despedidos. Entre ellos sobresalen Lilia González y María Isabel Carvajal (Carmen Lyra) quienes junto a otros maestros y

estudiantes del Liceo de Costa Rica, desfilaron contra aquella medida. Entonces, el gobierno mandó a cerrar todos los pocos centros educativos que había; pero eso, más bien, fue el detonante del golpe final.

El 12 de mayo de ese año, 1919, el periódico LA INFORMACIÓN publicó una entrevista a D. Federico Tinoco. Entonces ya no sólo los liceístas sino las alumnas del Colegio de Señoritas se hicieron a la calle. Ese día Fresia Brenes, hija de D Roberto Brenes, dio un discurso incendiario en el quiosco del Parque Morazán y la manifestación se convirtió en una lucha entre la policía y la gente que, en multitud, lucharon con fuerza.

Al día siguiente la gente llega hasta la Catedral metropolitana y entre ellos poetas, obreros, maestros y estudiantes. Fue en ese acto que luego del grito “¡A la Información!”, se fueron todos hacia él y Carmen Lyra, disfrazada de un pequeño limpiabotas, quema, y con ella los demás, el edificio donde funcionaba este periódico pro-gobiernista.

Casi al mes, apareció otro periódico llamado “**El Noticiero**”, oficialista por todos los costados y que era apoyado por el ejército.

En la misma época, al sur, en Buenos Aires de Puntarenas, un sencillo maestro de escuela rural, **Marcelino García Flamenco**, escuchó una ráfaga de tiros. Se fue al lugar y encontró muy mal herido, entre otros, a Fernández Güel.

Como era maestro, o sea que sabía escribir, se le obligó a partir con el ejército, para enviarle comunicados al Ministro de Guerra.

Indignado por los hechos que vio, además de increpar a elementos del ejército, renunció a su labor docente y se fue hacia Panamá. En

David, aprovechando el **Star And Herald**, en él denunció la masacre de que fue testigo.

Luego se va para Nicaragua y se enlista en las filas opositoras. Valientemente se hace cargo de la vanguardia, mientras sus compañeros apartan a los heridos de la cruenta batalla. Fue ahí que es, literalmente, macheteado y atado a un caballo, que lo arrastra “cien varas”, ya muerto. Luego, su cuerpo es incinerado. Al día siguiente lo encuentran sus compañeros de lucha. Su muerte enervó y enfureció, aún más, a los opositores del despiadado régimen.

En quiebra la finanzas públicas; con un pueblo que odiaba al régimen pero que le temía por despiadado; la muerte de un tiro certero, cerca de su casa, del Ministro de Guerra, Joaquín Tinoco, hizo que, sin perder su orgullo, el dictador el 14 de diciembre de 1918, pidiera “permiso” al Congreso, “por motivos de salud”, para salir del país.

Así, el 30 de noviembre, Tinoco y 30 personas, entre familiares y amigos del régimen, abandonan el país; era el año de 1919.

D Juan Bautista Quirós asume el poder y eso pone fin a la sangrienta dictadura de los Tinoco.

En noviembre de ese año, ya lejos los Tinoco, Estados Unidos reconoce al nuevo gobierno y don Julio Acosta, aunque su lucha armada fue un rotundo fracaso, los periódicos le ensalzaron al punto de que fue recibido en San José como el futuro presidente de Costa Rica.

Así, ocho meses después asume el poder, por voto popular, el jefe del Zapoá, D Julio Acosta, quien condujo un gobierno, aún con visión liberal, aunque la época de esta ideología estaba llegando a su fin.

La “cuestión social” estaba en el tapete y ese primer cuarto de siglo llevaría a hacer de ella el talón de Aquiles de nuevos gobernantes; sobre todo hacia 1929 cuando se da la Gran Depresión que hace que los “patriarcas” (González Flores, Ricardo Jiménez) perdieran la luz que algún tuvieron y Costa Rica entra en una nueva etapa, con nuevos actores sociales y políticos (Carlos Luis Fallas, Manuel Mora, Rafael Ángel Calderón Guardia, Teodoro Picado, José Figueres Ferrer) que, a la postre, serán quienes lleven a un nuevo *status quo*, que incluye la formación de la “Segunda República”.

BIBLIOGRAFÍA

1. <http://lista.pln.or.cr/pipermail/lista-pln.or.cr/Week-of-Mon-20080929/021879.html>
2. http://www.nacion.com/In_ee/ESPECIALES/raices/tinoco.html
3. <http://www.clubdelibros.com/repotinoco.html>
4. <http://www.historia.fcs.ucr.ac.cr/tcu/tinoco/html/00.html>
5. <http://www.estadonacion.or.cr/Calidad02/Word-Pdf/Cap%2002.pdf>

6. <http://www.historia.fcs.ucr.ac.cr/tcu/tinoco/html/00.htm>
7. http://es.wikipedia.org/wiki/Federico_Alberto_Tinoco_Granados
8. Cañas, Alberto. “ Alfredo González”, EUNED, 1980
9. Cañas, Alberto. “Los Ocho Años”, EUNED, 1982
10. Cerdas Cruz, Rodolfo. “Formación del Estado en Costa Rica”, EUNED, 1985.
11. González Víquez, Cleto. “El Sufragio en Costa Rica”, ECR, 1979
12. Obregón Loría, Rafael, “Hechos Militares y Políticos”. MJS, 1982
13. Rodríguez Vega (Eugenio). “Biografía de Costa Rica”, ECR 2003.
14. Meléndez, Carlos.” Historia de Costa Rica”, EUNED, 1997
15. Villalobos Vega, Bernardo. “Alfredo González Flores”, EUNED, 1982
16. Volio, Marina. “Jorge Volio y el Partido Reformista” ECR, 1993.

CONTRATO FACTORING

*Lic. Ronaldo Hernández Hernández
Juez de Tribunal Contencioso Administrativo.
Lic. Carlos D'Alolio Jiménez
Juez Civil*

TABLA DE CONTENIDO

Introducción
Evolución del derecho contractual
Enfoque histórico
Nuevas fronteras del contrato
Los contratos modernos
Contrato en materia mercantil
Contrato de factoring
Antecedentes
Gestión de cobro.
Concepto
Elementos estructurales del contrato de factoring
Presupuestos del contrato de factoring
Sujetos que intervienen en el factoring.
Partes contractuales
Contenido del contrato
Características
Otras características importantes
Comparación con otras figuras contractuales
Clases de factoring
Otra clasificación del factoring
Elementos esenciales del contrato de factoring
Elementos funcionales del contrato de factoring
Importancia del factoring. Su aplicación
Extinción
Conclusiones
Bibliografía

CONTRATO FACTORING

*Lic. Ronaldo Hernández Hernández
Juez de Tribunal Contencioso Administrativo.
Lic. Carlos D'Alolio Jiménez
Juez Civil*

INTRODUCCIÓN

Para las empresas es común enfrentarse a problemas de diversa índole, en un principio están:

1. El alto porcentaje de financiación de las entidades
2. Las dificultades para acceder a otras fuentes de recursos.
3. La tradicional organización administrativa en las unidades de producción
4. Las prácticas clásicas y en ocasiones anticuadas que se conservan en las ventas y en las relaciones con los clientes.
5. A esto hay que sumarle lo que trae consigo las ventas al crédito, o sea,
6. El alargamiento de los ciclos de cobro.
7. La falta de liquides inmediata
8. La posibilidad del no cobro
9. La necesidad de mantener personal encargado del conocimiento permanente de la solvencia de los deudores.

Todo esto constituye una amenaza para lograr el equilibrio financiero, por lo que se hace necesario la búsqueda de variantes de financiamiento. Una de ellas es el Factoraje (factoring) que se convierte en el medio para prevenir y controlar dichas dificultades. El factoring en su concepción tradicional comprende la gestión y cobro de los créditos cedidos por el cliente y aceptados por el factor, el cual asume según el contrato el riesgo de insolvencia de los deudores. Este criterio sitúa a las sociedades de factoring como sociedades de prestación de servicios, pero la introducción al factoring de los anticipos al cliente implica su inclusión al sector financiero, constituyendo muchas veces su principal fin. Estas breves ideas permiten ya deducir la posición, la importancia y los efectos del factoring como la solución a estos problemas. El empleo de este servicio facilita la gestión de la empresa especialmente cuando se trata de ventas realizadas en el exterior. El factoring ha comenzado a ser aceptado como una parte más de la vida comercial, y aunque todavía existe un ancho margen para la difusión y plena utilización del mismo se espera que en un plazo razonable ocupe un lugar significativo en el contexto económico. Por lo antes expuesto, se hace necesario presentar una síntesis de los aspectos teóricos más importantes relacionados con el producto Factoring.

EVOLUCION DEL DERECHO CONTRACTUAL

ENFOQUE HISTÓRICO

El análisis de la evolución del Derecho en Roma permite afirmar que en los primeros tiempos la voluntad no bastaba por sí sola para crear obligaciones válidas y eficaces. Se dice que los juristas romanos no llegaron a formular una definición del contrato¹ y aún más, que no concebían el contrato como tal, como categoría genérica: conocían solamente figuras de contratos singulares, sistemas de números clausus o serie cerrada: en Roma no se tuvo una noción de la teoría del contrato sino que crearon figuras contractuales concretas de las que podían deducirse ciertos principios comunes, pero sin integrar un sistema². Así, en la época imperial se distinguieron cuatro categorías de contratos: reales o re, verbales o verbis, escritos o litteris y consensuales.

Los contratos reales o re eran aquellos en los cuales el consentimiento se manifestaba mediante la entrega de la cosa negociada.³ Formaban esta categoría el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

Los contratos verbales o verbis eran los formados con ayuda de palabras solemnes que debían emplear las partes para expresar su consentimiento. Los escritos o litteris, se

perfeccionaban por medio de la inscripción en el registro del acreedor, con el acuerdo del deudor, como su nombre lo indica es un acto documentado, pero no se refiere de manera genérica a los contratos escritos, sino que en su origen eran el medio por el cual el pater familias anotaba en sus libros los préstamos de dinero que realizaba⁴.

Los contratos consensuales, formados por el solo acuerdo de voluntades, constituyeron las primeras excepciones al enfoque romano que restaba validez al mero acuerdo para dar vida al vínculo contractual. La formalidad romana se ablandó un poco con el desarrollo del derecho de gentes y la labor de los pretores, originándose como contratos consensuales la compraventa, la locación de cosas, la sociedad y el mandato.⁵

La lógica evolución de este proceso histórico hubiera llevado con relativa prontitud al predominio sistema del consensualismo entendido así, el sólo consentimiento obliga, prescindiendo de símbolos y formas. Sin, embargo, la influencia del derecho germánico retardó la adecuación del derecho. El derecho germánico al momento de su penetración en Europa, es un derecho menos avanzado que el derecho romano y está dominado en materia de los contratos, por el simbolismo. No se conocen otros contratos que los formales y los reales y para obligarse es necesario un

1 **PUIG BRUTAU**(José). *Historia del Derechos Romano*. España, Editorial Salomón, 1986.

2 **GONZALEZ PORRAS**(Mario). *La Crisis del Contrato y sus efectos en la Legislación Costarricense*. Tesis de Grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, pág. 8.

3 **MOSSET ITURRASPE**(Jorge) *Contratos*. Buenos Aires. Ediar, Primera Edición, 1984, pág. 23.

4 **GONZALEZ PORRAS**(Mario). *Op. Cit.*, página 10.

5 **MOSSET ITURRASPE**(Jorge). *Ibid.*

ritual. El que se obliga tiene en sus manos una varilla(festuca) o algún otro objeto mobiliario, que puede ser sin valor y que se entrega al acreedor como prenda de su promesa. Este procedimiento se conservó durante mucho tiempo en la alta edad media⁶.

En los albores del Siglo XI, el resurgir de los estudios sobre el derecho romano, llevados a cabo primero por los glosadores luego por los comentaristas o post glosadores, coincide con las enseñanzas de los padres de la iglesia y los canonistas. Se enfrenta entonces el principio romano y germánico del formalismo contractual con la nueva concepción que predica el respeto a la palabra empeñada identificando la obligación jurídica con la obligación moral y calificando al incumplidor como mentiroso(pecador). A este movimiento renovador se suman las costumbres mercantiles, originadas a partir del tráfico cada vez más intenso entre las ciudades y países de Europa. Este tráfico se veía grandemente dificultado por los requerimientos formales de la contratación, por lo que se necesitaba en forma acelerada la simplicidad del contrato basado en un mero acuerdo.

Esta concepción de que los pactos obligan por sí mismo y al margen de toda solemnidad fue aceptada por los grandes tratadistas DOMAT(1625-1696) y POTHIER(1699-1778), pasando luego al Código Civil Francés de 1804 (Código de Napoleón), que al enumerar las condiciones requeridas para la validez de los contratos no menciona la forma⁷.

Conjuntamente con el Código de Napoleón y a consecuencia de los acontecimientos de la época, alcanza su apogeo en el Siglo XIX el movimiento liberal o liberalismo, secuela del renacer de la libertad individual. De este modo, quedan perfilados los principios clásicos del orden contractual, a saber: la autonomía de la voluntad, la igualdad jurídica y la fuerza obligatoria del vínculo jurídico que se crea entre las partes contratantes. El auge que toma el contrato lo convierte en una arma económica universal, dándose lo que algunos denominan la Edad de Oro del Contrato, en referencia a su imposición ante la actitud no intervencionista del Estado⁸.

NUEVAS FRONTERAS DEL CONTRATO

Como ejemplo del desarrollo de los contratos, cuando se redactó el Código Civil Francés, el artesano fabricaba con su propio trabajo los muebles, los aperos de labranza, las telas que un cliente aislado podía comprarle; ese artesano bastaba para llevar su negocio y a lo más se reunía con unos cuantos obreros ligados en una relación casi familiar. Cuando el cliente quería construir, adquirir o reparar un objeto, se entendía directamente con el artesano para la ejecución del trabajo.

Pero esta situación cambió, y este cambio trajo factores que transformaron las clásicas prácticas contractuales. Un primer aspecto es la revolución industrial, surgida de la invención de la máquina de vapor, la cual trae como consecuencia inmediata la aparición

6 **MOSSET ITURRASPE**(Jorge) *Contratos*, página 25.

7 **MOSSET ITURRASPE**(Jorge) Sobre la incorporación del sistema consensual a la legislación Francesa. *Contratos*, pág 26; **GONZALEZ PORRAS**(Mario) *op.cit.* páginas 19 a 27.

de mejores fuentes de energía y la división del trabajo, dando lugar al sistema capitalista inspirado también en las ideas individualistas de la época, que hace del contrato un medio idóneo para la circulación de la riqueza.

Los cambios originados por la revolución industrial pueden analizarse en primer lugar, desde una perspectiva económica: en el terreno de la producción el hombre llega a ser dueño de energías cada vez más poderosas. VENINI lo resume con las siguientes palabras. “Comenzó con el vapor, continuó por la electricidad y el motor de explosión y hoy asistimos a la desintegración del átomo”⁹.

Pero, además de lo sucedida, se origina también una dimensión de tipo social, cuando la clase capitalista se apodera de los medios de producción, haciendo uso del trabajo de la clase proletaria, determinando las leyes económicas de la oferta y la demanda, el monto del salario y las horas de trabajo efectivo. Dicha clase alcanza posiciones políticas preponderantes, influenciando para su propio beneficio en los medios legislativos.

De esta manera los principios de “autonomía de la voluntad”, “igualdad jurídica”, “libre determinación del contrato” e “inviolabilidad de la propiedad privada”, se convierten en instrumentos de dominio del fuerte sobre el débil, del rico sobre el pobre. VENINI resume nuevamente con gran exactitud “...el contrato es un molde jurídico para la materia

económica, y la desigualdad suele adelantarse por esa vía. Antaño en comunidades pequeñas con intereses menudos, era lógico concebir una equivalencia más o menos aproximada, entre las partes que concurrían al acuerdo. La realidad contemporánea es otra. Ya los códigos liberales toleran una cierta desigualdad necesaria y hasta un engaño lícito mercantil.”¹⁰ De esta forma es que sobreviene la llamada “crisis del contrato”, en donde se cuestiona el principio de libertad contractual. Este principio se cuestiona debido a la desigualdad económica existente y la concentración del capital en los más poderosos. Una señal crítica surge cuando las empresas más poderosas dejan de discutir con sus clientes sobre los precios y simplemente optan por fijarlos unilateralmente. La relación contractual deja de ser un acto esencialmente libre, voluntario y consensual, y surge las cláusulas predisuestas, las condiciones generales, las nuevas modalidades negociales, poniendo de manifiesto que el derecho de la libre contratación se ve menoscabado para el más débil. Nuevamente VENINI explica con su frase lo que en ese momento se desarrollaba “... el derecho, entonces debe venir en protección de los débiles, de los indefensos, frente a los fuertes, a los astutos, a los hábiles, a los experimentados...”¹¹

La respuesta del derecho se relaciona con una concepción distinta acerca del Estado que le transforma en “intervencionista”, dejando atrás el “dejar hacer-dejar pasar” propio del liberalismo.

8 GONZALEZ PORRAS(Mario)Desarrollando “La Edad de Oro de la Contratación” Op. Cit. páginas de la 27 a 34.

9 VENINI(Juan Carlos) La revisión del Contrato y la Protección del Adquirente. Buenos Aires, Argentina Editorial Universidad, 1983, página 16.

10 VENINI(Juan Carlos). Op. Cit, página 8.

11 VENINI(Juan Carlos) op. Cit, página 11

El contrato deja de ser la obra exclusiva de las partes y deviene la cooperación entre los contratantes y el Estado; en enfoque se torna menos individualista y más social, nace de esta forma el fenómeno del “dirigismo contractual”. En éste, el protagonista principal es ahora la sociedad. Los individuos pactan sometidos a la suprema conveniencia de la comunidad, sus intereses se supeditan a lo que el bien común reclame y en vez de manifestarse el contrato como expresión de necesidades individuales o particulares, relacionadas, debe de entenderse como fuente creadora de una relación nueva, unitaria, fecunda, inspirada por el pensamiento de comunidad, basada en principios de fidelidad y buena fe y justifica en sus rigores por consideración de mutuo miramiento y atención inexcusable a las circunstancias accidentales¹².

A partir de este momento, empiezan a concebirse límites que afectan los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual, ámbito anteriormente dejado por el derecho a la autorregulación de cada individuo. El posterior desarrollo de la contratación, bajo la tutela constante del Estado, determina que mucho aspectos que usualmente quedaban a la libre voluntad de los contratantes pasen ahora a la órbita del Derecho Público, estableciéndose principios inderogables aún para los mismos contratantes.

De esta manera lo indica **CARVAJAL** “La influencia estatal y el efecto socializante de las modernas legislaciones, han hecho que una gran gama de tipos contractuales

pierda sustancia consensual, clásicamente concebida, dejándose un estrecho margen a la libre iniciativa de los contratantes”

Puede entonces de esta forma afirmarse que la intervención del Estado en materia contractual pretende restablecer la igualdad jurídica entre los contratantes, que debe imponerse ante la desigualdad económica y el excesivo individualismo de otras épocas. De esta forma para terminar **VENINI** dice “ de ningún modo los contratantes pueden definir el contenido del negocio que conciertan sin tener en cuenta las exigencias sociales que se traducen en imperativos de solidaridad, de ahí, entonces, que no pueda constituir el negocio jurídico una isla dentro del cuerpo social, sino que, por el contrario, la “autonomía de la voluntad”, motor de la relación negocial, debe experimentar las necesarias limitaciones, con el objeto de que guarde concordancia con las modalidades de la vida en comunidad¹³.

LOS CONTRATOS MODERNOS

El desarrollo social, el avance tecnológico, y el rápido y ágil comercio, ha desarrollado nuevas formas de contratar. Estas variantes de la contratación civil, se refiere, no solo al intervencionismo estatal en función de la igualdad entre las partes, sino que también a formas contractuales que se salen de la concepción clásica. La doctrina ha polemizado en torno a la naturaleza y efectos de estos nuevos contratos, pero no hay duda de que responden en mejor forma a las necesidades actuales; variedad, cantidad, economía

12 MOSSET ITURRASPE(Jorge) Manual de Derecho Civil. Contratos, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, Primera Edición, 1961, página 140.

13 VENINI(Juan Carlos) op. Cit, página 4.

y celeridad comercial mundial. Ello es precisamente lo que justifica la existencia de estos nuevos contratos.

Como primer paso, puede tratarse los llamados contratos colectivos. No se trata de en estos de la simple intervención del dos o más personas, sino de la participación de una colectividad. En este caso “ se ve que una voluntad colectiva contrarresta y ahoga las voluntades individuales, que no serán obedecidas; los interesados que hayan dicho no o que nada hayan dicho se encuentran en la misma situación que si hubieran dicho sí, quedan obligados a pesar y son su intervención”¹⁴. Es la doctrina francesa la que desarrolla el reconocimiento a las colectividades de la condición de sujetos de derecho, y también el concepto de “voluntad colectiva”, regida por el principio de mayoría.

Ciertamente, y más específicamente los factores económicos y sociales que originan el contrato colectivo pertenecen al derecho de trabajo.

Además de este tipo de contratos que fueron representando la moda en materia civil, se desarrollaron muchos otros que auxiliaron las nuevas tendencias modernas en materia de contratos en Derecho Comercial. Por ejemplo, el caso del “**Contrato de Leasing**”, entendido como “uso y disfrute de bienes

ajenos, con opción de compra¹⁵; y también del “ **acuerdo de transferencia electrónica de fondos**(derecho mercantil bancario). Este tipo de contratos más ágiles por su naturaleza misma, se adapta a las nuevas tendencias y necesidades económicas de una sociedad mercantil en evolución y en constante cambio.

CONTRATO EN MATERIA MERCANTIL

Mediante los contratos de tipo mercantil el hombre busca dar solución a las necesidades que diariamente enfrenta, así por ejemplo, desde las campañas publicitarias, por televisión, radio o periódico, son una clara materialización del mundo comercial diario. Las sociedades modernas, no solo deben de adaptarse a los constantes *bombardeos* comerciales de todos los días, sino que encuentran casi la necesidad de que los servicios y bienes que se comercializan estén a la mano, no solo con el propósito de adquirir o contratar tales bienes y servicios, sino también para hacer más ágil y rápida la carrera social, en donde se desarrollan todo tipo de actividades comerciales.

De esta forma la empresa privada, produce y distribuye este cúmulo de bienes y servicios, que están cambiando los hábitos, los gustos y hasta el criterio moral de los consumidores, reflejándose todo esto por medio de los contratos comerciales¹⁶

14 MOSSET ITURRASPE. Op. Cit. Página 122.

15 Un estudio completo sobre el “leasing Financiero” y sus diferencias con el “leasing operativo o renting” en **ESCOBAR GIL(Rodrigo) EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO**, Bogotá, Colombia, Librería Temis Editorial, 1984, páginas 19 a 24

16 FARINA (Juan M.) **Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresaria**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, pág. 2

CONTRATO DE FACTORING

Antecedentes

La aparición de la actividad, profesionalizada, que hoy podemos encuadrar dentro del contrato de Factoring sucede, al igual que con otras, en el ámbito del Derecho anglosajón, de donde, y a través de una generalización de valores implícitos en una determinada concepción de la cultura empresarial, ha llegado hasta nosotros; si bien, tras completar un proceso de adaptación a instituciones y modos con el suficiente asentamiento, para que se haya podido extraer el necesario partido de un modelo contractual, ya de por sí, más que acreditado en otras realidades jurídicas.

La conducta del factor, como sujeto de la actividad de Factoring, está asociada a una concreta concepción de la explotación de los mercados que se iban abriendo en las nuevas colonias ultramarinas, concretamente y en este caso, en Norteamérica.

Colonial Factor

Esta era desarrollada por el pionero o colono, por cuenta del comitente que se había quedado en la metrópolis, y cuya actividad consistía en la colocación de sus productos en los nuevos asentamientos que se iban realizando.

El llamado Colonial Factor desempeñaba su tarea comercializadora respondiendo de la solvencia del deudor, a fin de cuentas el comitente-exportador radicado en Inglaterra, difícilmente iba a conocer las características de los nuevos mercados sino a través de la solvencia que le mereciera su comisionista.

Este conseguía clientes para los productos de aquel, pero respondiendo del riesgo derivado

de la falta de pago de los compradores de productos. Todo ello a cambio de una remuneración cifrada en una comisión. No se diferenciaba, según esta práctica, de la más que conocida comisión de garantía.

Conventional Factoring

Si la figura anteriormente reseñada tuvo importancia en los albores de la colonización inglesa de la América del Norte, mediado el siglo XIX se empieza a dar más importancia contractual a la actividad de gestión de cobro de las facturas que, eventualmente, emitiera el exportador asentado en la metrópolis.

Este original comisionista va decantando su labor en la gestión de cobro de facturas cuya titularidad ostenta, mediante la correspondiente cesión de los derechos inherentes a las mismas, la propiedad en unos casos, o bien en otros en mera comisión de cobranza.

Es aquí donde nos encontramos con un salto cualitativo, porque el factor no se dedica a buscar clientes para colocar los productos del exportador inglés, (ahora sería éste quien los buscara) sino que su tarea recae en procurar la liquidez de las facturas, corriendo o no con los riesgos derivados del impago de éstas (si es que estamos hablando del Factoring propio o impropio).

Por lo tanto, la comisión de garantía deja paso a la gestión de cobro como actividad principal del Factoring.

De todas maneras, y dentro de este estadio histórico el factor podía, incluso, anticipar a su exportador parte de las facturas que le había confiado, por el procedimiento jurídico que fuese, convirtiéndose de este modo en financiador, en más o menos, del comerciante metropolitano.

En este concreto caso, estaríamos en presencia de lo que se ha dado en llamar Conventional Factoring.

Como se puede observar, la financiación, la posibilidad de existencia de la misma, se había añadido a la, inicialmente, poco compleja labor de factoraje.

New Style Factoring

Supondría la última fase de evolución de este contrato, una vez que nos hemos decidido por esta interpretación doctrinal, y sería la que nos conduciría a una concepción de la figura lo más cercana posible a lo que conocemos hoy en día bajo esta denominación.

Se trataría de recoger los puntos fundamentales, esto es, la gestión de cobro de las facturas cedidas, junto a la posibilidad, o no, de financiación añadida, y de complementarlos con la prestación de otros servicios, sin numerus clausus, que se comprenden dentro de la labor del factor.

Sin ánimo exhaustivo se pueden señalar los de gestión contable en la actividad fundamental del factor, estudio de mercado en función de la actividad de su cliente, clasificación de los mismos, y un indeterminado etcétera.

GESTIÓN DE COBRO

Una de las tareas más onerosas de la empresas, tanto por lo costoso de su ejecución por las pérdidas que su incorrecta realización, como por las pérdidas que su incorrecta realización supone para la entidad es la gestión de cobros. La venta aplazada a un cliente exige su posterior seguimiento, control y procedimientos de recuperación, lo que supone que la empresa debe dedicar una serie

de recursos humanos, materiales y financieros a estos fines. Si los clientes pertenecen a plazas diferentes al de la empresa otorgante del crédito esta actividad se hace más costosa y compleja.

Al contratar la empresa los servicios de factoring, quién se encarga de cobrar a su vencimiento los créditos cedidos (documentados en cualquier forma admitida en derecho: facturas, letras, pagarés y otras contempladas en la legislación de cada país), asumido el costo íntegro de la gestión de cobro y su recuperación.

Por lo general, el cedente comunica a sus clientes la existencia del contrato de factoring, haciéndoles saber a quién deben efectuar los pagos de las facturas y efectos.

El cedente no garantiza la solvencia del deudor, pero responde ante la empresa de factoring de la legitimidad del crédito concedido. Por su parte, el factor asume la titularidad de los créditos, sustituyendo la figura del cedente.

Es importante señalar que las empresas de factoring no admiten todos los documentos de pago que se les propongan. Estas empresas basan gran parte de sus negocios en el conocimiento de la capacidad de pago de los titulares de las deudas y si prevén que un cliente no va a pagar no dan crédito alguno por él cuando se establezca el acuerdo preliminar de volumen máximo por cliente.

Por la economía de escala que desarrollan las empresas de factoring (diversidad de deudores de diferentes clientes en una misma plaza), infraestructura creada para la gestión de cobro y la especialización que alcanzan en esta actividad en muchas ocasiones es más

barato para la empresa utilizar los servicios de factoring que asumir por ella misma la gestión de cobro.

1. Minimizar el crédito gratuito que la empresa concede a sus clientes
2. Garantizar un seguimiento puntual de los vencimientos, lo que minimizar las demoras en los cobros e impide que los compradores se financien a costa de los vendedores al retrasar voluntariamente sus pagos.
3. Supone la puesta en marcha de una gestión jurídica que reduzca al máximo los impagos.
4. La disminución de los ciclos de cobro reduce las necesidades de financiamiento adicional de la empresa por vías más costosas, o el costo de oportunidad, por no poder invertir el dinero inmovilizado en cuentas por cobrar.

CONCEPTO

Es una relación jurídica de duración, en la cual una de las partes (empresa o factoring) adquiere todos o una categoría de créditos que la otra parte tiene frente a sus clientes; adelanta el importe de dichas facturas (factoring con financiación), se encarga del cobro de ella, y, si así se pacta, asume el riesgo de la posible insolvencia de los deudores¹⁷.

El factoring se utiliza tanto en el caso que el factoreado se dedique a la venta de mercaderías

como a la prestación de servicios cuyo cobro se realiza a corto plazo y ha largo plazo.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONTRATO DE FACTORING

La Chambre Nationale des Conseillers Financiers, organismo francés define factoring de la siguiente manera: "la operación consiste en una transferencia de deuda comercial de su titular a un factor, quien se encarga de cobrarla y que garantiza el buen resultado de la operación, incluso en caso de morosidad momentánea o permanente del deudor, a cambio de la percepción de sus gastos de intervención.

Furno a su vez define factoring como un convenio de efectos permanentes, establecido entre el contratante y el factor, según el cual el contratante se compromete a transferir al factor parte o todas las facturas que posee de terceros deudores y a notificarles esta transmisión; en contrapartida el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar su importe, bien en forma anticipada, a fecha fija, o mediante deducción de sus gastos de intervención¹⁸.

Por otro lado, el profesor Vincént considera al "factoring", "como un contrato de gestión comercial y financiera, que tiene como esencia una comisión por cobro, pero una serie de obligaciones complementarias y alternativas, en sus diversas variedades".

¹⁷ FARINA (Juan M.) Op. Cit. página 522.

¹⁸ FARINA (Juan M.) Op. Cit. página. 524.

Roca Guillamón lo define como “una actividad de cooperación empresarial que tiene por objeto para el factor, la adquisición en firme de los productores de bienes o presentadores de servicio, de los créditos que sean titulares contra sus clientes o compradores, garantizando su satisfacción, a cambio de una retribución, a lo que puede agregarse una posibilidad de financiación mediante anticipos con devengos de intereses.”¹⁹

PRESUPUESTOS DEL CONTRATO DE FACTORING

La legislación costarricense al igual que la legislación argentina y española, concuerdan en que el contrato de factoring es un contrato atípico, pues carece de regulación legal.

La doctrina española considera que este contrato es un contrato mixto, ya que en su desarrollo intervienen las siguientes figuras jurídicas:

1. Arrendamiento de servicios (gestión de cobro de documentos, títulos valores, facturas y otros).
2. Descuento de capital, ya que en algunos supuestos, la compañía de factoring, anticipa todo o parte de los créditos que recibe.²⁰

SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL FACTORING

El procedimiento que se sigue para factorizar por Cobrar es el siguiente:

1. Concertar un convenio entre el factor y vendedor para especificar las obligaciones

legales y los procedimientos mediante la firma de un contrato.

2. Redactar un documento de aprobación de crédito cuando el vendedor recibe un pedido de un comprador.
3. enviar dicho documento a la compañía factorizadora para que apruebe el crédito y se sirve el pedido y se timbra la factura para notificar al comprador que efectúe el pago directamente al Factor.

PARTES CONTRACTUALES

En un contrato de Factoring intervienen dos partes: el cedente (cliente) y el cesionario (factor), pero en la relación que genera dicho contrato participa una tercera parte, que son los deudores. Por tanto, se puede decir que en el Factoring Nacional (una de las clasificaciones del Factoring), o sea, el que corresponde a operaciones de comercio interior, participan tres sujetos.

1. Prestatario, Cedente o Cliente: Es la empresa que vende sus Cuentas por Cobrar, las que se originaron producto de la venta de bienes o servicios al crédito. Por lo general estas empresas son fabricantes relativamente pequeños que vende de manera repetitiva a un gran número de clientes industriales o distribuidores.
2. Factor: Es una institución financiera que compra las Cuentas por Cobrar. Generalmente el factor acepta todos los riesgos de crédito relacionados con las cuentas por cobrar que compra, Aunque

el factor es la principal institución de factorización algunos Bancos Comerciales y Compañías financieras comerciales también factorizan cuentas por Cobrar. El factor puede ofrecer en determinado momento servicios para exportadores protegiendo a sus clientes de deudas malas de ultramar y proporcionando por ejemplo expertos asesores en transacciones extranjeras. En esta operación también se nombra gestor o prestamista. En resumen, el factor ejecuta a gestión de cobro.

3. Comprador u obligado: Es la empresa que compra bienes o servicios al crédito y que se ha convertido en deudor de la empresa vendedora, la que notificará que ha factorizado sus Cuentas por Cobrar, por tanto el comprador estará obligado a pagar al factor.

En el caso de Factoring Internacional la figura de factor se desdobra en dos: un factor exportador, que ante el cliente sigue teniendo las mismas funciones y responsabilidades que el Factoraje Nacional; y el factor importante que actúa como corresponsal del factor exportador para realizar las funciones que éste no puede llevar a cabo directamente en el país del importador. Estos dos factores actúan mediante acuerdos de mutua colaboración, generalmente dentro de grandes asociaciones internacionales conocidas como Cadenas de Factoring, que regulan las normas de funcionamiento y arbitraje en caso de conflictos entre ellos.

Con el servicio de Factoring Internacional el cliente no tiene que preocuparse del cobro y de las barreras que pudieran existir en el país de destino

de las mercancías, como son idioma, legislación y costumbres socio- económicas, además que se cubre el riesgo de retraso en el pago, o el de no pago definitivo por la quiebra del comprador. Se ofrece también la posibilidad de que las Compañías brinden a sus clientes los beneficios de comprar en término de crédito abierto, y se ahuyente el temor a las deudas pendientes, o al desestabilizador flujo de efectivo.

CONTENIDO DEL CONTRATO

El contrato al cual se hace referencia debe contener todos los datos de la transacción, entre ellos:

- Momento de la factorización: Se refiere al momento en que tiene lugar el Contrato de Factoring.
- Tipo de Factoring: Definir el tipo de servicio que se contrata.
- Pagos totales o parciales: Se acordará si el cliente recibe el importe de sus facturas en forma total al vencimiento, o si recibe un adelanto.
- Fecha de vencimiento: Contiene la fecha en que vencen las cuentas cedidas.
- Intereses a cobrar: Se estipula el por ciento a cobrar por el factor en caso de adelantos de importe de las facturas.
- Comisión de Factoring: Se fija el por ciento a cobrar para cubrir gastos de administración, de verificación y cobros de crédito que hace el factor.

¹⁹ Roca Guillamón, *El Contrato de Factoring y su Regulación por el Derecho Privado Español*, 1976.

²⁰ E. CHULIA (Vincent) y otro. *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*. JM Borch Editorial, S.L. Barcelona España.

CARACTERÍSTICAS

Dicho contrato tiene además las siguientes características:

1. Es un **Contrato consensual** que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes.
2. **Es bilateral** por cuanto en él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes.
3. **El oneroso**, porque ambas partes pretenden obtener una prestación de la parte contraria.
4. Es un contrato de **tracto sucesivo** ya que obliga a ambas partes a prestaciones sucesivas.
5. Es un contrato **de adhesión** porque el cliente se limita a aceptar las condiciones del factor sin proponerlas ni modificarlas.
6. Al no existir ninguna disposición legal que reglamente el Factoring se encuadra este contrato dentro de la categoría denominada como **Contrato atípico**.

OTRAS CARACTERÍSTICAS IMPORTANTES:

- a) **Contrato de financiación.** Esta es la característica fundamental que le adorna, pues a pesar de que esencialmente no tienen por qué ser un contrato de financiación sino de prestación de servicios, el cliente lo que busca con el factoreo, es la mejora de sus ratios de solvencia y liquidez, y de que le anticipen los créditos, que por esto mismo no constituirían un mayor endeudamiento,

como se desprendería de acudir a las fórmulas tradicionales de financiación, préstamo, crédito... Se trataría de buscar la financiación adecuada, al menor coste posible, para el cliente, y con la correspondiente cobertura de riesgos para la empresa prestadora de los servicios que, en su caso, se le demanden y acepte llevar a cabo. De todas maneras, y siempre desde una perspectiva empírica, no es raro el encontrarse con contratos de Factoring en los cuales las necesidades de financiación y su recogida en el clausulado, absorban la propia entidad del contrato con la consiguiente dificultad jurídica para encajar su verdadera naturaleza, en función de su causa, ya que se trataría de una fórmula dirigida a la canalización de los créditos comerciales del empresario, marginando la posibilidad que la figura presenta en lo que se refiere a su eventual liberación respecto del riesgo de insolvencia.

- b) **Contrato mixto.** En el que las características financieras se obtendrían por la combinación, dentro de un modelo contractual único, de elementos que pertenecerían a otros diversos contratos. El Factoring sería una figura unitaria cuyos objetivos se obtendrían por la incapacidad de otros contratos para obtener, por sí solos, lo que éste consigue al combinar características de varios.

Su reconocida atipicidad descansa en la combinación de servicios que es capaz de desplegar, y en la aptitud para ofrecer un tratamiento global coherente de los problemas que se presentan para la gestión de los créditos comerciales derivados de actividades empresariales, más que de la causa individualizada de los negocios de los que se vale para lograr sus objetivos.

COMPARACION CON OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES

Cesión de crédito: La cesión de créditos constituye la espina dorsal de la construcción técnica del factoring. Si bien es cierto que en el factoring puede existir una cesión de crédito (factoring a riesgo de la empresa financiera), no debe ser esta la única modalidad posible ni la única prestación que las partes tienen en cuenta al contratar, por lo que los efectos de ambos contratos difieren sustancialmente.

En la cesión de créditos, el cedente de buena fe no garantiza la solvencia del deudor cedido; en tanto que en el contrato de factoring, si no se pacta la asunción del riesgo de cobranza por el factor, el factorado debe reembolsar a éste el importe de los créditos incobrables, cuyo importe le hubiera adelantado en virtud de la financiación.

Mandato: Tanto en el factoring como en el mandato aparece un sujeto para la cobranza de créditos, en el primer caso, la empresa financiera, en el segundo, el mandatario. Sin embargo, la diferencia existe, pues en el mandato no hay transferencia del mandatario de los créditos cuya cobranza se le encomienda; mientras que en el factoring si hay transferencia.

Descuento de facturas. En esta modalidad el objetivo básico de la empresa vendedora (prestadora de servicios) es conseguir financiación con la cesión de facturas pendientes de vencimiento sin que se notifique a los deudores que ellos deban pagar directamente al factor. Además:

- c) **Contrato mercantil.** Se alcanzaría esta caracterización por una doble vía:
 - 1) Punto de vista objetivo, el objeto sería el crédito originado en la actividad profesional del cliente. Estaríamos dentro del ámbito definido por el artículo 1 del Código de Comercio: acto de comercio.
 - 2) Punto de vista subjetivo: los intervinientes, las Partes, serían habitualmente personas jurídicas cuyo objeto social sería el ejercicio del comercio dentro de sus más variadas facetas, por lo que la forma serviría para calificar el contrato.
- d) **Contrato de duración.** Lo que buscan los contratantes no es una relación ocasional que se agote inmediatamente, sino un marco prolongado en el tiempo. La duración indefinida es lo normal, aunque cuando se pacte por plazo prefijado se incluye alguna modalidad de prórroga, bien expresa o tácita.
- e) **Contrato normativo y autónomo.** Se establecen las pautas generales que van a regir la conducta de los contratantes, y su interpretación, a lo largo de la vida del contrato lo que va a otorgar autonomía propia al contrato en sí, ya que aquéllas van a servir para obtener la finalidad económica propuesta, y que no va a poder serlo por otras vías contractuales.

- El descontante no asume el riesgo de insolvencia.
- El anticipo de fondos es consustancial con la figura.
- El abono del crédito, previa deducción del descuento repercutido, se realiza en el momento de la cesión.
- La solvencia del Cliente es primordial para la admisión y formalización del contrato (es éste el que responde a la entidad financiera).

Seguro de Crédito. Aspectos

- Diferenciación de la finalidad económica.
- El asegurador indemniza con posterioridad.
- La cobertura no es total.
- El seguro no implica la transferencia del crédito.
- No hay prestación de servicios adicionales.

CLASES DE FACTORING

Según Roling pueden presentarse las siguientes modalidades de factoring:

1. Según el tipo de sociedad

Factoring Tradicional: Se trata de la forma de prestación de servicios que parece corresponder, a la realización del contrato en Europa y en donde la prestación fundamental por parte del factor consiste en la adquisición de los créditos y recursos contra su cliente, con la eventual prestación de servicios anexos.

Nuevo estilo de factoring: En este caso los factores, además de prestar el servicio fundamental, ofrecen todo un conjunto de servicios complementarios. No existe una diferencia esencial con el anterior; tan sólo se ofrecen servicios mucho más amplios.-

2. Según la forma de ejecución

Factoring con notificación: Corresponde esta modalidad a la más reconocida, aquella en la cual el cliente se obliga con el factor a notificar a todos los compradores de la existencia del contrato, no sólo por la vía general a manera de aviso comercial, sino mediante la inclusión de una cláusula en cada una de las facturas en donde se deje constancia que el crédito correspondiente sólo podrá ser pagado al factor.

Factoring sin notificación: En este caso la existencia del factor pasa desapercibida para los deudores de la sociedad adherente quienes en forma ordinaria proceden a pagarle sus créditos en el momento previsto. La sociedad adherente, por su parte, se obliga para con el factor a transferirle de inmediato los montos así obtenidos y sobre los cuales ha recibido un avance por parte del factor.

3. Según la financiación

Factoring al vencimiento: En este supuesto el factor se obliga para con su cliente a pagar las facturas al vencimiento de cada una de ellas o a cierto plazo, promedio de sus vencimientos, previamente convenido entre las partes. Esto es, el cliente o sociedad adherente no recibe propiamente un adelanto sino la seguridad de que al vencimiento de los créditos su monto le será abonado.

Factoring a la vista: Bajo esta modalidad en cambio y a diferencia de la anterior, el factor abona de inmediato a la cuenta de su cliente, el monto de los créditos que le son presentados, pero al implicar ello un costo financiero, además de la remuneración general por el servicio, liquida una adicional calculada sobre el monto del crédito.

4. Según el ámbito territorial

Factoring doméstico: Se refiere al supuesto de que la sociedad adherente y los compradores de sus productos se encuentren en el mismo país.

Factoring internacional: A diferencia de la anterior, una de las partes se encuentra fuera del territorio de operación de la sociedad de factoring.

Factoring de exportación: Bajo esta modalidad, la sociedad de factoring adquiere las facturas de sus sociedades adherentes en el país a cargo de compradores extranjeros a los cuales han despachado una mercancía. Para un adecuado conocimiento del mercado extranjero, las sociedades de factoring suelen establecer cadenas propias, o con el concurso de corresponsales en otros países, con lo cual acumulan una basta y completa información de compradores en distintos sectores económicos, respaldando en forma técnica la prestación del servicio y adquiriendo una posición más ventajosa que la que podría tener un productor individual para analizar y evaluar sus potenciales compradores.

Factoring de importación: Es la adquisición de facturas de clientes extranjeros o sociedades adherentes a cargo de importadores o compradores nacionales. En este supuesto, el cliente de la sociedad se encuentra en el exterior mientras que los compradores están en su propio país, lo que desde luego les permite hacer un estudio más rápido y directo de sus condiciones financieras, y su capacidad de pago.

OTRA CLASIFICACIÓN DEL FACTORING

Se puede encontrar en la literatura de criterios para la clasificación del Factoring. Por la amplitud de las modalidades que abarca se escoge la definida por J. Fred Weston²¹ en Fundamentos de Administración Financiera:

1. Servicio completo, Sin Recurso:

Constituye el acuerdo más general, involucra, los servicios de financiamiento, asunción del riesgo donde el factor asume todo el riesgo de incobralidad de las Cuentas por Cobrar del cliente, salvo que esta sea motivada por deficiencias del producto o servicios entregados. En la práctica el factor no acepta las cuentas correspondientes a algunos deudores, específicamente de aquellos que tengan disputas comerciales con los clientes o con otros vendedores. Cuando esto ocurre la entidad se reserva el derecho de reasignar la cuenta al cliente o de solo aceptar aquellas cuantías de las que no exista ningún tipo de problema. Se le conoce también como Factoring Puro.

21 WESTON, J. Fred. Fundamentos de Administración Financiera/ J. Fred Weston.- Séptima Edición.- México:Editorial Interamericana, [1999].- p. 274, 275, 788.

2. **Factoring con Recurso:** Son convenios de servicio completo pero que no involucra la asunción del riesgo crediticio por parte de intermediarios financieros. El cliente mantiene el riesgo de incobrabilidad por lo que al vencimiento de las Cuentas por Cobrar debe devolver al factor el monto anticipado más los gastos e intereses acordados.
3. **Factoring de autoservicio, con Recurso:** Desde el punto de vista otorgado por el factor es un financiamiento puro con notificación del deudor. En este caso el vendedor (cliente) es sujeto de crédito, pero el intermediario no se compromete a asumir el riesgo por deudores insolventes, y es el cliente quien ejecuta la cobranza y lleva la administración de las cuentas del mayor de ventas, para decidir el monto de crédito que ofrecerá y el período de tiempo por el cual lo concederá. En este caso al cliente reporta diariamente al factor los pagos recibidos de los deudores, lo que hace que el servicio sea considerablemente más costoso.
4. **Factoring al vencimiento:** Conocido como Factoring de «Precio Madurez», constituye básicamente una operación de servicio completo pero sin financiamiento, el factor hará el análisis de los deudores y determinará el monto del crédito aprobado, que se comprometerá a pagar si el deudor no lo hace. El factor transfiere los saldos pagados por el deudor al cliente a través de las siguientes formas: a) Después de un período acordado desde la fecha de emisión de la factura o fecha de transferencia (Período de madurez), b) Al recibo del pago proveniente de cada deudor de acuerdo al monto de cada cuenta o según el monto del crédito aprobado por el factor cuando el deudor cae en la insolvencia.
5. **Factoring Comercial:** consiste en ofrecer préstamos colaterales con mayor flexibilidad que un Banco Comercial. El prestamista recibe como respaldo de sus préstamos cualquier tipo de activos, pero principalmente carteras. Sin embargo al vencimiento el girador es solidario con el girado y el prestamista puede cobrar a cualquier de los dos.
6. **Factoring Clásico:** Es el que proporciona servicios de cobro, seguro y financiación.
7. **Factoring de Participación:** Se origina cuando la participación se realiza con la intervención de un banco.
8. **Factoring Convencional con notificación:** El negociador adelanta dinero inmediatamente después de la cesión a su favor de los créditos o facturas negociables, a su vez, el deudor es notificado de la cesión que hecho su acreedor.
9. **Factoring sin notificación:** El cliente no comunica a sus compradores que ha cedido sus créditos a favor del financista o favor. Se emplea principalmente en aquellos casos en que los compradores no mirarían con buenos ojos la cesión de sus acreencias a favor de una firma extraña a la relación habitual con su proveedor.
10. **Factoring por Intermedio (Agency Factoring):** Es una variedad del Factoring Internacional y se describe como acuerdo en virtud del cual otra entidad diferente del factor, efectúa las cobranzas (usualmente el mismo vendedor). Esta modalidad

constituye un acuerdo de servicio completo, pero no incluye la actividad de las cobranzas y solo algunas veces asume el riesgo crediticio y el seguimiento y control del mayor de ventas.

11. **Descuento de Facturas:** Involucra financiamiento pero sin notificación al deudor de los intereses del factor. El cliente efectúa el seguimiento y control de sus cuentas y el intermediario no asume el riesgo crediticio si el deudor no efectúa los pagos respectivos, por consiguiente es el cliente quien debe pagar directamente al factor por el financiamiento recibido y quien también se encarga de las cobranzas.

12. **Factoring «No Revelado»:** Se describe como un descuento de facturas en virtud del cual se ofrece un monto limitado de crédito, que regularmente asciende al 80 % del total descontado, con la finalidad de incentivar al cliente para que cumpla con eficiencia las funciones de administración y control del crédito que otorga.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE FACTORING

La adquisición de las facturas emitidas por el factoreado constituye el eje de las obligaciones asumidas por el factor, debido a que esta es la base esencial del desarrollo del contrato. De aquí nace que el factor sobre esa base adelanta los importes respectivos, sea de inmediato o al vencimiento de la factura, sea asumiendo los riesgos de la cobranza o no. Además de la existencia de un factor y un factoreado, se da la necesidad de que exista un tercero al que se le debe de cobrar las facturas del factoreado. Es de decir, debe de existir relaciones jurídicas

previas entre el factoreado y el tercero. La actual tendencia en este tipo de contratos es incorporar el contrato servicios accesorios de los que originalmente se ha venido dando, por ejemplo servicio de marketing. Este tipo de contratos debe de contener varios elementos esenciales para que pueda ser caracterizado como tal:

1. Financiación
2. Gestión de la cartera de deudores
3. Cobro de deudas
4. Protección frente al riesgo de crédito.

Si estos elementos no se presentan en los contratos de factoring, no podrían ser considerados contratos de ésta naturaleza.

ELEMENTOS FUNCIONALES DEL CONTRATO DE FACTORING

En virtud de este tipo de contrato la empresa puede aumentar la velocidad de rotación de su capital circulante, lo cual le ha de permitir un mayor volumen de ventas, sobre todo cuando el riesgo que significan los morosos e insolventes es asumido por la empresa de factoring. La solvencia de los clientes del factoreado es calculada por la empresa de factoring en forma global, y con respecto a cada adquirente en particular.

De esta forma la empresa factoreada puede aumentar su capacidad de crédito y también facilidad de la exportación a empresas que no tienen una adecuada estructura, o no pueden organizar un departamento de exportación completo propio.

IMPORTANCIA DEL FACTORING. SU APLICACIÓN

El Factoring resulta conveniente y ventajoso porque permite convertir Ventas al Crédito como si fueran al contado, evitando que la empresa se enfrente a desbalances por falta de liquidez inmediata, permite además planificar con certeza los flujos financieros al convenir desde el inicio de su ciclo de operaciones el descuento de las deudas futuras; de esta forma, la empresa mejora:

1. Su gestión financiera y comercial
2. Puede ofrecer a sus clientes comerciales sin afectar sus flujos de caja
3. Puede mejorar la relación con los proveedores
4. Maneja apropiadamente el inventario
5. Facilita el crecimiento de la empresa.

La operación de Factoring tiene por finalidad auxiliar a los fabricantes y comerciantes en la organización y llevanza de su contabilidad y en la facturación de los procesos y servicios que lanzan en el mercado. El contrato de Factoring ofrece una pluralidad de servicios administrativos y financieros, tales servicios comprenden principalmente, la gestión y cobro de los créditos cedidos por el cliente y aceptados en cada caso por el factor, el cual asume, en las condiciones de contrato, el riesgo de insolvencia de los deudores. Esta concepción tradicional (Old line Factor) ha evolucionado incorporando al Factoring la concesión de anticipos en efectivo a cliente sobre el importe de los créditos cedidos (New Style factor) Además, implica otras prestaciones como: estudio del grado

de solvencia de los deudores asignándole una línea de riesgo a cada uno de ellos, gestión integral del cobro de los créditos, servicios de contabilidad, e informa periódicamente sobre el estado de la cuenta de cada uno de los deudores.

El Factoring proporciona a las empresas un conjunto de Ventajas y Desventajas las que se presentan a continuación.

Las Ventajas son:

1. Representa una fuente de financiamiento flexible. Cuando de una empresa aumentan y necesita más financiación se genera automáticamente de facturas.
2. tiene la capacidad de darle correctibilidad de sus ventas al crédito en ventas al contado.
3. las facturas proporcionan garantía para un préstamo que de otro modo la empresa no sería capaz de obtener.
4. reduce los Costos de operación, al ceder las Cuentas por cobrar a una empresa que se dedica a la factorización.
5. Elimina el Departamento de crédito de la empresa, cuando determina cuáles son riesgos de créditos aceptables.
6. Proporciona liquidez, lo que le permite obtener de sus proveedores descuentos por pronto pago.
7. Dinero de inmediato para compras de oportunidad.
8. proporciona protección en procesos inflacionarios al contar con el dinero de

manera anticipada, con los que no pierde poder adquisitivo.

9. En caso del Factoring Internacional, se incrementan las exportaciones al ofrecer una forma de pago más competitiva.
10. Eliminación del Departamento de Cobros de la empresa, como normalmente el factor acepta todos los riesgos de créditos debe cubrir los costos de cobranza.
11. Asegura un patrón conocido de flujos de caja. La empresa que vende sus Cuentas por Cobrar sabe que recibe el importe de las cuentas menos la comisión de factorización en una fecha determinada, lo que la planeación del flujo de caja de la empresa.

Las desventajas

1. Este método de financiación es inconveniente y costoso cuando las facturas son numerosas y relativamente pequeñas en su cuantía, incrementa los costos administrativos necesarios.
2. Se considera la factorización con su signo de debilidad financiera que puede efectuar los negocios futuros porque la empresa está usando como garantía un activo altamente líquido.
3. una empresa que este en dificultades financieras temporales puede recibir muy poca ayuda.
4. Las empresas que se dedican al Factoring son impersonales, por lo tanto no toleran que su cliente se deteriore por algún problema, porque es eliminada del mercado.

5. El Factor sólo comprará la Cuentas por Cobrar que quiera, por lo que la selección dependerá de la calidad de las mismas, es decir, de su plazo, monto y posibilidad de recuperación.
6. Es bastante difícil determinar la validez de la creencia de que la factorización de las Cuentas por Cobrar es un signo de debilidad financiera que puede perjudicar lo negocios futuros, debido a que cada arreglo de factorización es único, las ventajas y desventajas se pueden, solamente, evaluar a través de las condiciones específicas que se establezcan en cada contrato.

EXTINCION

La duración es normalmente indefinida, o cuando lo sea a tiempo determinado se establecen las prórrogas consiguientes. En el primer caso se marcaría el plazo de preaviso para dar paso a la denuncia, o al desistimiento unilateral.

Además, existen los deberes de liquidación a cada una de las partes: devolución de los anticipos percibidos por el cliente, y retrocesión consiguiente por la empresa de factoreo de los créditos no cobrados, junto a los documentos justificativos del mismo.

Sería una consecuencia lógica derivada del contenido peculiar al que tantas veces hemos hecho referencia a lo largo de la exposición. No obstante, el Factoring en este punto concreto, no se diferenciaría mucho de otros contratos de adhesión con vigencia dentro del campo financiero, donde habría que distinguir, necesariamente, entre la extinción normal por cumplimiento de los fines económicos,

comerciales y financieros del contrato de la terminación patológica, suficientemente detallada en alguna de las cláusulas que imponen las entidades financieras, y que abren paso a la ejecutividad del contrato, cuando de su documentación se deduce, por activación de cualquiera de los supuestos objetivos previsores, que marcarían la insolvencia o incumplimiento del cliente.

CONCLUSIONES

El Factoring se ha popularizado a nivel mundial como un método aconsejable que permite al vendedor cobrar antes del vencimiento.

Proporciona un alto grado de eficiencia en la empresa pues en todo momento se produce un incremento de su Activo Líquido.

Es un método abarcador, ya que se presenta con distintas variaciones contractuales comunes de Factoring, lo que permite su utilización de acuerdo a las características de la empresa.

El Factoring es una solución ideal, si se utiliza oportunamente, que permite a la empresa librarse del trabajo contable y legal en relación con las Cuentas por Cobrar.

Con el factoring, la empresa puede ceder todas esas tareas al factor. Las empresas de factoring, especializadas en la continua evaluación y valoración de riesgos, cuenta con fuentes de información amplias y una infraestructura adecuada para ajustar con mayor rapidez y fiabilidad sus decisiones. La valoración de riesgos llega al cliente no sólo por la información que pueda ofrecerle el factor, sino también por el volumen y la estructura de las cesiones que admite o no la empresa de factoring. Asimismo, dado el acceso de la empresa a un mayor información

y evaluación de riesgos, la cartera de clientes ganan en calidad, existiendo la posibilidad de eliminar a los clientes morosos y mal pagadores y dimensionando correctamente el crédito comercial de cada uno de los clientes a los que se le concede aplazamiento de pago.

En la práctica internacional muchos de los factores son filiales de bancos comerciales. Los bancos comerciales y otras entidades son las que mejores condiciones poseen para desarrollar los servicios de factoring. Por la esencia y requerimientos de estas operaciones los factores, para ofrecer los servicios que le son inherentes, deben contar con una infraestructura que les permita obtener, a relativamente bajos costos, la información sobre deudores, realizar los análisis de riesgos correspondientes, ejecutar la gestión de cobros en diferentes plazas, desarrollar economía de escala para llevar historiales, facturaciones, así como asumir riesgos y conceder financiamientos.

Los bancos comerciales desarrollan en la actualidad requerimientos similares para el perfeccionamiento de sus relaciones con las empresas, mediante la concesión de préstamos, créditos y descuento. Además, los análisis de riesgo de empresas y el seguimiento de la regulación de los financiamientos otorgados van creando una base de información que puede ser utilizada para la oferta de servicios de factoring.

En Costa Rica el factoring ha encontrado buena semilla, a tal punto que está consolidada la Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo y su papel ha sido importante en el mundo de la actividad financiera y económica nacional.-

Actualmente, se encuentra en la Asamblea Legislativa un proyecto de Ley de Factoreo, mismo que se publicó en La Gaceta N° 115

del lunes 17 de junio de 2002 y ocupa el expediente legislativo número 14.687.-

BIBLIOGRAFIA

BARRIOS ALVAREZ y FUGARDO ESTIVILL: "Derechos de crédito derivados de contratos administrativos", Las certificaciones de obra, Madrid, 1996.

BITTEL, Lester. Enciclopedia del Management. Lester Bittel; Jackson Ramsey.- E.U: Editorial Grupo Océano S.A., MCMXCII- p.273.

EIZAGUIRRE: "Factoring", Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Madrid, 1990.

E. CHULIA (Vincent) y otro. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. JM Borch Editorial, S.L. Barcelona España.

FARINA (Juan M.) Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresaria. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea

GARCIA DE ENTERRIA: Contrato de factoring y cesión de créditos, Madrid, 1996.

GARCIA Y CRUCES: El contrato de factoring, Madrid, 1990.

GARCIA VILLAVARDE: "Tipicidad contractual y contratos de financiación", Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Madrid, 1990.

GITMAN LAWRENCE. Fundamentos de Administración Financiera / Lawrence Gitman. – México: Editorial Harla, 1978.p. 461.

GOODE: Conclusions of the leasing and Factoring Conventions, JBL, 1988.

MONTIEL SALAZAR, Gerardo. Las Instituciones de Factoring en México. Editorial Banca y Comercio, SA de CV, 1996.- p.12

MUÑOZ CERVERA: Negocios con finalidad de garantía sobre derechos de crédito no representados mediante títulos valores. Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales, Madrid, 1992.

MOSSET ITURRASPE(Jorge) Manual de Derecho Civil. Contratos, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, Primera Edición, 1961

PANTALEON: "Cesión de créditos", Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Madrid, 1990.

ROCA GUILLAMON: El contrato de factoring y su regulación por el Derecho Privado español, Madrid, 1976.

ROMERO PEREZ, Jorge. Contratos Económicos Modernos. Programa de Modernización Administración de Justicia. 2004

VENINI(Juan Carlos) La revisión del Contrato y la Protección del Adquirente. Buenos Aires, Argentina Editorial Universidad, 1983

WESTON, J. Fred. Fundamentos de Administración Financiera.- Séptima Edición.- México. Editorial Interamericana, 1999.- p. 274,275, 288.

COMENTARIOS SOBRE EL ACUERDO ARBITRAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA

*Por Luis E. Sibaja Guillén**

I. INTRODUCCION

Como parte de una tendencia generalizada en los países latinoamericanos, de incluir el arbitraje como un derecho constitucional¹, Costa Rica ha incluido en su Constitución Política el derecho a dirimir controversias de índole patrimonial entre privados. En este sentido, el artículo 43 de la Constitución Política² nos faculta a recurrir a un procedimiento arbitral, regulado en la actualidad mediante la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la Paz Social (Ley RAC)³. Esta norma tendrá efectos, como norma constitucional, dentro de nuestro territorio únicamente, y cubre a todas aquellas personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que requieran someterse a un procedimiento arbitral en este país.⁴

La Sala Constitucional de nuestro país ha reiterado, desde mucho tiempo atrás, este derecho y lo ha delimitado así:

“...la Constitución recoge el instituto del arbitraje, como una posibilidad de solución y la hace descansar en la decisión de las partes en conflicto. Estas son las que, de conformidad con las circunstancias, toman el acuerdo de someter a árbitros su diferendo, firmando para ello el llamando “compromiso arbitral”, valga decir, el marco dentro del cual el árbitro o árbitros, va(n) a sujetar su actuación y los efectos que tendrá su resolución final (laudo). Por su parte, la norma del Código Procesal Civil citada, viene a precisar un tanto en qué condiciones el Estado puede someter a árbitros los diferendos patrimoniales que tenga con otras personas, de lo que nos interesa retener la fórmula de que corresponde a la Asamblea Legislativa o al Poder Ejecutivo, en su caso, la autorización para ello...”⁵

De igual manera, la Sala Constitucional, dispuso:

“...II) El proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una

* El autor es abogado litigante, miembro del bufete Lex Counsel. Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de maestría en Negocios Internacionales y Litigio Internacional. El autor desea agradecer la asistencia de Daniela Argüello Midence de Lex Counsel.

1 Conejero Roos, C. National Constitutions and International Arbitration in Latin America: A Dangerous Liaison, publicado en The Arbitration Review of the Americas 2010, pag. 10.

2 Artículo 43 de la Constitución Política dice: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.” Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.

3 Ley 7727 del 4 de diciembre de 1997, publicada en La Gaceta No. 9 del 14 de enero de 1998.

4 Arbitraje local o nacional en oposición a un arbitraje internacional. Para efectos de lo que aquí se dirá, entenderemos como arbitraje nacional al proceso de arbitraje local que sea celebrado dentro del territorio costarricense, en virtud del derecho constitucional antes mencionado.

5 Voto No. 1079-93. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Costa Rica. San José, a las 14:48 horas del 2 de marzo de 1993.

forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que podría resultar para las partes más ágil. Como bien lo apunta la Procuraduría el arbitraje ha ido tomando gran auge en nuestros tiempos, especialmente en el campo del derecho internacional, y algunas legislaciones funciona, con éxito, la figura del arbitraje legal o forzoso. Ahora bien, sin ninguna duda, este proceso es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar para las partes más celera y ágil. Dispone el artículo 43 Constitucional... De la simple lectura de la disposición anterior es posible concluir lo siguiente: a) La constitución garantiza una forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimoniales. b) Las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa, y nunca forzosa, aún habiendo litigio pendiente...".⁶

La naturaleza de medio alternativo de solución de conflicto surge al disiparse los posibles cuestionamientos de si este procedimiento constituye una intromisión a las facultades soberanas propias de cada Estado, respecto a regular y dirimir controversias patrimoniales dentro de su territorio. Es decir, si el proceso de arbitraje afecta el principio de exclusividad de la jurisdicción o como es también conocida, la competencia jurisdiccional estatal.⁷

Existen precedentes jurisprudenciales de la Sala Constitucional de nuestro país, los que, en forma concreta y concisa, han analizado el tema, no desde la perspectiva de las

facultades estatales de dirimir controversias, sino desde la perspectiva de los derechos del particular, en el sentido que el derecho a acción en los tribunales de justicia como el derecho a arbitraje no se oponen entre sí, sino más bien se complementan en forma paralela. Así, se ha dispuesto lo siguiente:

*"...IV) De la relación de los artículos 41 y 152 de la Constitución Política la Sala deriva el derecho de los habitantes del país de contar con la posibilidad de acudir ante los Tribunales de Justicia y obtener de ellos una sentencia "pronta y cumplida". ... La Doctrina del Derecho Constitucional Español ha reconocido como un derecho constitucional de las personas la "tutela efectiva de los jueces y Tribunales" en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Este derecho tiene una de sus manifestaciones en la prohibición que tiene el legislador para negar a las personas su acceso a los Tribunales de justicia. ... V) **Por otra parte, en forma paralela al derecho que tienen los particulares de acudir a los Tribunales de Justicia a obtener un pronunciamiento "cumplido" es decir; correcto, útil, el constituyente previó en el artículo 43 "el derecho" de toda persona de acudir, desde luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes.... VI) Ahora bien, ya hemos indicado que el constituyente creó en el artículo 43 constitucional una forma alternativa para la***

6 Voto No 2307-95, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Costa Rica, San José, a las 16 horas del 9 de mayo de 1995.

7 Artavia Barrantes, S. *El Proceso Arbitral en Costa Rica*. Editorial Jurídica Dupas, Costa Rica, 1996. Pág.29.

solución de conflictos patrimoniales y que la misma puede resultar celera y ágil...⁸ (Lo resaltado no es del original).

Ya doctrinariamente en nuestro país se comentaba en los 80's sobre la posibilidad de que las partes, con fundamento en la Constitución Política y el principio de autonomía privada de la voluntad, pudieran "... predeterminar la existencia de jurisdicciones específicas y dotar a determinados sujetos u órganos de la competencia suficiente para que sus decisiones puedan tener el mismo efecto preclusivo de la "cosa juzgada"...".⁹

Es indiscutible entonces la independencia del proceso de arbitraje como alternativa de la competencia jurisdiccional Estatal, a la que las partes se someten en virtud de la aplicación de la libertad de contratación. No es el arbitraje un proceso en sí mismo que atente contra los poderes soberanos del Estado de dirimir controversias. Bien nos lo explica Sergio Artavia Barrantes, al decir:

"La exclusiva potestad de los jueces y tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado, que consagra el artículo 153 Constitucional, se refiere como nominativamente se dice en el precepto constitucional, a los diversos tipos de procesos judiciales, y el arbitraje no tiene un origen procesal en sí mismo, sino que arranca de la inderogable autonomía de la voluntad que el mismo numeral 43 de la Constitución consagra y que forma parte de la voluntad de

*los ciudadanos como sujetos libres, lo que no implica renuncia absoluta de las partes a su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, consagrado en los artículos 27 y 41 de la Constitución y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el arbitraje es precisamente un efecto de la autonomía de la voluntad, con rasgos propios con respecto a la jurisdicción estatal y que desde un punto de vista institucional esa fuerza emana de la suprema manifestación del poder de las partes, para dictarse la solución a un conflicto planteado, dando al arbitraje un carácter voluntarista y privado, frente al carácter finalista, determinante y público del proceso. Nadie niega que existen importantes rasgos diferenciadores entre jurisdicción estatal y arbitraje, pero no por ello se coloca a éste, desde un punto de vista legal o constitucional, como irreconciliable frente a aquella, sino por el contrario le sirve de apoyo para resolver en definitiva los conflictos jurídicos."*¹⁰

Sin embargo, resta por aclararse si el Arbitraje Comercial Internacional se encuentra sustentado como solución alterna para dirimir controversias patrimoniales dentro del territorio costarricense. Esperanzados de contar pronto en Costa Rica con normativa que regule el arbitraje comercial internacional, y anticipándonos a tal evento, el presente artículo pretende esbozar el fundamento jurídico base, en nuestro país, del acuerdo arbitral en cuestiones relativas a *comercial internacional*.

8 Voto No 2307-95, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Costa Rica, San José a las 16 horas del 9 de mayo de 1995.

9 Pérez Vargas, V. *El contrato de arbitraje en el Comercio Internacional*, en Revista Judicial, No. 40, año XI, Edición del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1987, pag 110).

II. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA.

A. El Conflicto de Jurisdicciones.-

Los conflictos internacionales de jurisdicciones constituyen una de las grandes áreas de estudio del derecho internacional privado. Estos conflictos consisten en determinar el *forum* o las cortes, de un país específico, competentes para conocer y resolver asuntos con conexiones internacionales. No es más que la determinación del Estado que tendrá y hará efectiva su competencia jurisdiccional sobre un asunto puntual. Sabemos que la JURISDICCION –la *iuris dictio*– es un derivado y una manifestación propia de la Soberanía Estatal. Como tal, cada Estado tendrá la libertad de determinar, según su ordenamiento interno, sobre que asuntos ejercerá dicha facultad o poder soberano. En razón de que cada Estado, a lo interno, decide cuando sus jueces serán competentes, se producen los llamados *Conflictos Internacionales de Jurisdicciones*. Así, se presentan situaciones donde más de un Estado será competente (es decir, gozará de jurisdicción) para conocer de un mismo asunto. Estos conflictos, llamados conflictos positivos¹¹, producen el fenómeno conocido como *Forum*

*Shopping*¹², que consiste en la facultad optativa del actor de elegir a su conveniencia, entre varios posibles, un *forum* judicial específico. Igualmente, aún cuando remotamente, podrían presentarse conflictos negativos, sean situaciones donde ningún Estado, en virtud de su derecho interno, resulte competente para resolver de algún asunto particular, dejando a las partes sin instancia judicial.¹³

Los conflictos de jurisdicciones o de competencia jurisdiccional no se limitan a determinar el juez nacional competente. Sino también, abarcan en su estudio lo concerniente a la cooperación judicial internacional, la cual es de importancia para el derecho internacional privado, en razón de que involucra la necesaria actuación judicial de diversos Estados en diferentes instancias del proceso. Lo anterior se origina en virtud de la coexistencia de dos diferentes tipos de *Competencias Jurisdiccionales*. La primera es la llamada Competencia Directa¹⁴, que faculta al juez a conocer del asunto desde el trámite de la demanda hasta el dictado de sentencia; y la otra Competencia Indirecta¹⁵, que es llamada así en razón de que el juez ejerce solamente parte de su jurisdicción sobre alguna prueba, instancia, objeto de dicho proceso principal.

10 Artavia Barrantes, S_Op. Cit. Pág.30.

11 Arellano García, C. *Derecho Internacional Privado*. Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1989. Pág. 618.

12 "El forum-shopping es una expresión que sirve para designar, peyorativamente, una práctica que se produce en la realidad y que podría traducirse como *mercadeo de jurisdicciones*. Como quiera que no faltan sistemas jurídicos o prácticas jurisprudenciales que priman la aplicación de la *lex fori*, el demandante tratará de dirigir sus pasos hacia los tribunales de aquel Estado que se presume aplicarán la ley más beneficiosa para sus intereses. La existencia de criterios concurrentes de competencia judicial internacional, debido a la disparidad de los sistemas de atribución de la competencia, es una puerta abierta a esta viciada práctica internacional". García Velasco, I. *Derecho Internacional Privado (Reflexiones Introductorias)*, Pag. 258-259.

13 Claro que estos casos son difíciles de encontrar, y múltiples soluciones a nivel internacional son propuestas.

14 Arellano García, C. Op cit. Pág. 830. La cual encierra el concepto de una competencia jurisdiccional plena y completa ejercida por el juez nacional.

15 Ibidem. Pág. 830. La cual consiste en la facultad jurisdiccional de un Estado de llevar a cabo un acto procesal específico, dentro del proceso principal conocido por otro juez (el competente en forma directa)

Por último, aunque podría considerarse como parte de la cooperación judicial internacional¹⁶, encontramos los problemas que se derivan del reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por autoridades judiciales extranjeras, dictadas en virtud del ejercicio de su competencia jurisdiccional. Este problema es resuelto por medio del procedimiento conocido como *Exequátur*, el cual es extensivo a laudos o sentencias arbitrales válidamente emitidas.

Dentro de este contexto, y en razón de que el estudio del *Juez Competente* o *forum* es punto central del tema de conflicto internacional de jurisdicciones, se ha incorporado la posibilidad de que las partes, en ejercicio del principio de *autonomía de la voluntad*, traten de evitar los posibles conflictos internacionales de jurisdicciones¹⁷. De esta manera, en relaciones contractuales, previo o no al surgimiento de algún conflicto que haga necesaria la intervención de algún ente judicial, las partes pueden voluntariamente someterse a la competencia jurisdiccional de un Estado en particular¹⁸. Al anterior acuerdo se le conoce como Acuerdo de Elección de Foro, y puede estar contenido en un acuerdo separado o como parte de la misma negociación, como cláusula en el contrato que se pacte.

Dar validez a este tipo de acuerdos, es una de las alternativas por las que han optado ciertos Estados para resolver conflictos de jurisdicciones, que se fundamentan en

la autonomía de la voluntad como criterio de atribución de la competencia judicial internacional, al respecto:

"... *Un examen comparativo de los diferentes ordenamientos estatales nos demuestra la existencia de un amplio catálogo de criterios de atribución o foros de competencia judicial internacional. Es decir, de concretas circunstancias, de hecho o definidas jurídicamente, presentes en los litigios de tráfico externo, que los legisladores utilizan para atribuir competencia a los propios Tribunales.... Con finalidad meramente descriptiva, cabe indicar que los criterios de atribución de competencia judicial generalmente utilizados pueden ser encuadrados en dos grupos: 1º. De carácter objetivo... Derivados de la voluntad de las partes o subjetivos. Pues en el ejercicio de su autonomía privada y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento estatal, los intervinientes en un negocio jurídico pueden acordar la sumisión de sus litigios, presentes o futuros, a los Tribunales de un Estado determinado (acuerdo de elección de foro)...*"¹⁹

Claramente, este acuerdo es incorporado en relaciones jurídicas contractuales sensibles a ser causantes de potenciales conflictos internacionales de jurisdicción, sea en cuanto a la determinación del Juez Competente. Lo anterior, en virtud de la existencia en dicha relación de elementos conexos con

16 Pero tratado en forma separada, lo que se podría fundamentar en que el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras lo realiza la parte interesada y no la instancia judicial originaria.

17 Excluyéndose de estos el problema concerniente al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

18 Sujeto a la validez que tengan dichos acuerdos, en la legislación de un país específico.

19 Pérez Vera, E.; Abarca Junco, A. P.; González Campos, J. D.; Guzmán Zapater, M.; Miralles Sangro, P.P.; Virgós Soriano, M. *Derecho Internacional Privado, Volumen I*. Librería de la Universidad Nacional Estatal a Distancia, Madrid, España, 2001. Pág. 307-308.

la legislación o jurisdicción de más de un Estado, es decir de *tráfico externo*, según GOLDSCHMIDT. Igualmente, cabe señalar que es acostumbrado que cuando las partes convienen en un *forum* competente, paralelamente buscan la eliminación de potenciales conflictos de leyes con un acuerdo de Elección de Ley o *Choice of Law*, que pretende la elección de la ley aplicable.

Mucho se ha comentado sobre la conveniencia o no del Acuerdo de Elección de Foro, ya que se pueden presentar los siguientes problemas:

- a) La falta de validez y reconocimiento de dicho acuerdo en el foro donde se pretenda ejecutar. Sin embargo, este problema toma relevancia únicamente, si por ley la “corte elegida” no tuviera jurisdicción para conocer del asunto que se trate. Por ejemplo, si un asunto se somete a las cortes costarricenses, por así haberlo acordado las partes, cuando ellas en virtud del artículo 46 del Código Procesal Civil, no son competentes para conocer del asunto. Decimos que el problema toma relevancia únicamente, si por ley la “corte elegida” no tuviera jurisdicción para conocer del asunto, ya que si ésta se encontrara investida de jurisdicción por ley, entonces la admisión del asunto sería por el mandato legal y no por acuerdo de partes.
- b) La falta de validez del acuerdo en otra jurisdicción, que no sea la “elegida por las partes”, que conozca del asunto. Aquí el problema se presenta al ignorarse el Acuerdo de Elección de Foro por la corte ante la cual se presenta el asunto, en contravención del convenio asumido por las partes de no someter sus controversias a conocimiento de jurisdicciones distintas a la elegida. Es claro que este problema
- c) La violación a normas internas de los Estados involucrados a disposiciones de Competencia Jurisdiccional Exclusiva. Esta Competencia Jurisdiccional Exclusiva no pretende más que la reafirmación, con exclusión de cualquier otra, de la competencia jurisdiccional de un Estado con respecto a determinados asuntos o situaciones jurídicas. Es la prohibición que establece un Estado de no *prorrogar su competencia* a favor de otro Estado. Dicho esto, la Competencia Jurisdiccional Exclusiva establece cuales asuntos serían de estricto y único conocimiento del foro nacional, con exclusión a cualquier otro. Debe aclararse que las normas que disponen sobre Competencia Jurisdiccional Exclusiva en nada atentan contra la Solución Alternativa de Controversias, como lo es el Arbitraje, pues ella lo que implica es la prohibición de recurrir a otras sedes jurisdiccionales, y no precisamente a sedes alternas, como lo analizaremos detenidamente más adelante.

El anterior Acuerdo de Elección de Foro encuentra, por lo hasta aquí comentado, grandes similitudes con el convenio arbitral o *cláusula compromisoria*. Este último, por un lado, consiste en un acuerdo libre entre

se presentaría si la corte ante la cual se presenta la controversia está autorizada por ley –es decir cuenta con jurisdicción– para conocer del asunto en cuestión. En mi opinión, sería el caso de someter en los tribunales costarricenses el conocimiento de un asunto, en el que las partes previamente hubieran pactado lo contrario vía Acuerdo de Elección de Foro, pero que por así disponerlo las normas antes mencionadas del Código Procesal Civil, los tribunales costarricenses fueran competentes.

las partes que soluciona el potencial conflicto de jurisdicciones, y por otro, da elección a un *forum* particular y privado que será el encargado de solucionar la diferencia surgida entre ellas.

Para los anglosajones, la *cláusula compromisoria* no es más que una cláusula de elección de foro (para ellos denominada *Forum Selection Clause*).²⁰ Lo anterior en razón que la política federal interpreta que el intentar controlar cualquier aspecto comercial o internacional por medio de sus propias leyes y cortes, no es más que anticuado o “*provincial*”. Para el derecho anglosajón, el arbitraje es un foro de solución de controversias con igual autoridad que los tribunales de justicia, que ha sido, por lo menos en los Estados Unidos de América, estimulado bajo el carácter de orden público o *public policy*. En países como éste, el arbitraje es ampliamente respetado, por gozar de igual reputación que sus cortes judiciales. Afortunadamente, esta es una tendencia de constante crecimiento que se consagra en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

De esta manera, podemos decir que en sede internacional, la cláusula compromisoria adquiere el grado de Acuerdo de Elección de Foro, tal y como se ha visto anteriormente. Será entonces para el derecho internacional privado un convenio entre partes para recurrir a sede o *forum* arbitral, de un país específico, tal y como se hace con la elección de foro.

Dentro de este contexto, el arbitraje se consolida como el *forum* alternativo al que las partes someten la solución de sus controversias de índole internacional, especialmente en el campo de los negocios internacionales y materia de comercio internacional. La razón, entre muchas, que más peso puede tener, es que por excelencia el arbitraje es la única instancia o sede, propiamente dicha, a la que las partes en una transacción internacional pueden recurrir, sin involucrarse en el aparato judicial estatal de un país específico. Nótese que no existe alguna corte o instancia judicial que resuelva controversias comerciales –o de *índole de derecho privado*– a nivel internacional o supra-estatal.

La preferencia al arbitraje comercial internacional puede coincidir con la desconfianza que las partes pueden tener de los sistemas judiciales extranjeros. La razón de lo anterior es muy clara: esta alternativa, aunque trate de una controversia de índole internacional, ubicaría el conocimiento y resolución de la misma en el plano del derecho interno de la sede jurisdiccional nacional elegida (elegida por las partes, en forma tácita o expresa). Cabe anotar que al decir que se ubica en el plano del derecho interno no quiere decir que se pone en peligro el sistema de solución de conflicto de leyes del derecho internacional privado. Lo que realmente se quiere decir con ello, es que la forma de solventar el conflicto estará, principalmente, resuelto por medio

²⁰ Lowenfeld, A.F. *International Litigation and Arbitration*. West Publishing CO., St. Paul, MN, 1993. Pág 281 y 282. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en célebre caso Scherk vs. Alberto-Culver Co., 1974, 417 US 506, 94 S.Ct. 2449, 41 L.Ed. 2d 270: “An agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause that posits not only the situs of suit but also the procedure to be used in resolving the dispute...”

de las normas jurisdiccionales o procesales internas *-lex fori regit processum-*, y segundo, regido por el derecho sustantivo y/o por las normas de conflicto interno de dicho país. Ciertamente, lo anterior puede generar cierto grado de desconfianza de las partes no familiarizadas con dicha jurisdicción. Así, es el arbitraje comercial internacional el llamado a proporcionar esa confianza y seguridad entre las partes, siempre y cuando concurren las voluntades de todas ellas.

Correlativamente, el pactar recurrir a un arbitraje comercial internacional, visto como foro alternativo de solución de controversias, no deja de presentarle interrogantes a los abogados internacionalistas. Por ejemplo, se presentan los siguientes problemas: a) la selección del lugar donde se llevará a cabo el arbitraje; b) la selección de la normativa que regirá el proceso arbitral, con ello la forma de celebrarse el mismo, la forma de composición y elección del panel arbitral, etc.; c) la selección del idioma; d) la selección de ley aplicable o forma de determinar la misma.²¹

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, cabe destacar que en materia del derecho internacional, la cláusula compromisoria carece de formalismos. Lo anterior, pues la elección de las partes debe ser respetada por un panel arbitral con sede en cualquier lugar o sometida a diversas legislaciones de fondo o procesales, por lo que resulta difícil a las partes ajustarse y someterse de antemano, en una negociación internacional, a una legislación específica, sin que ésta sea la

determinada por las partes como la *lex causae* o la *lex arbitri*.²²

Con todo lo dicho, podemos concluir que la cláusula compromisoria internacional pretende contribuir a la solución de los *conflictos internacionales de jurisdicciones*. Ahora bien, aún cuando es clara la diferencia entre un acuerdo de elección de foro y una cláusula arbitral, y ésta última, como hemos visto anteriormente, encuentra fundamento en Costa Rica a nivel constitucional; nos preguntamos ¿qué tratamiento debemos dar a las cláusulas compromisorias que pretenden la solución de los *conflictos internacionales de jurisdicciones*?

B. Fuentes del Arbitraje Comercial Internacional.-

1- La Unificación y Armonización del Derecho

Encontramos un movimiento fundamental de gran relevancia que se ha desarrollado en la última mitad del siglo XX. Nos referimos al proceso de unificación y armonización del Derecho que ha dado paso a una nueva tendencia dentro de los internacionalistas: el Derecho Internacional Privado *Contemporáneo*. Éste responde a las necesidades derivadas del proceso de globalización, el cual pretende la consolidación de un mercado integrado a nivel mundial, y requiere que el derecho internacional privado resuelva los múltiples conflictos de leyes y de jurisdicciones –entre otros- que surgen

de la gran movilización mundial de servicios, mercaderías, capitales, personas, etc..

En la actualidad el derecho internacional privado contemporáneo y el derecho mercantil internacional coadyuvan mutuamente y se relacionan entre sí para resolver los múltiples conflictos de leyes y jurisdicciones, sea mediante normas de colisión o normas unificadas. Así, la *Nueva Lex Mercatoria* y los Convenios Internacionales juegan un rol predominante en la estructuración del Derecho Internacional Privado *Contemporáneo*. La tan buscada unificación se obtendría, por un lado, por medio de los convenios internacionales, y por el otro, por medio del derecho mercantil autónomo, que es entendido en la actualidad como parte de la llamada *Nueva Lex Mercatoria*.

Encontramos de esta manera diferentes formas de manifestación de este tipo de derecho internacional, creado para satisfacer las necesidades del comercio mundial. Las *Normas Autónomas* las encontramos en asociaciones o grupos empresariales como la Cámara Comercio Internacional. Los Convenios Internacionales los encontramos tanto a nivel multilateral como regional. A nivel multilateral podemos citar la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Mercantil Internacional²³. A nivel regional, como es el caso de la Unión Europea, aunque recientemente gracias a las modificaciones incorporadas por el Tratado de Ámsterdam, la integración es más de tipo de armonización (por medio de directivas) y de uniformización (por medio de reglamentos).

Es en el proceso de unificación del derecho mercantil internacional, que se han incorporado diversas instituciones jurídicas, necesarias para resolver y/o evitar los conflictos de jurisdicciones. Entre ellas encontramos el arbitraje comercial internacional, el cual tanto por medio de la conocida *Nueva Lex Mercatoria* y los convenios internacionales, se impone como la respuesta a la necesidad de las partes envueltas en negociaciones o transacciones internacionales.

i) El Derecho Transnacional y la Nueva Lex Mercatoria

La idea de Derecho Transnacional ha surgido como respuesta a la unificación informal de instituciones y principios del derecho privado, especialmente el comercial, válidos y uniformes entre varios sistemas jurídicos. Al respecto Matthias Herdegen:

“... El conjunto de varios órdenes jurídicos, especialmente los relacionados con las instituciones y principios del derecho privado, ha permitido una aproximación al reconocimiento del “derecho transnacional”. Quienes impugnan tal concepto hacen referencia al hecho de que los tribunales en muchos estados, ya sea para la aplicación de las reglas codificadas, como también por el recurso a la “naturaleza del asunto” para el juzgamiento de asuntos semejantes, desarrollan cada vez más soluciones similares, y recurren a los principios generales del derecho, que comparten un gran número de ordenamientos jurídicos nacionales...”²⁴

21 Morzorati, O. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, Argentina. 1997. Pág. 757-758.

22 Ibidem. Op cit. Pág. 765.

23 Convención elaborada bajo auspicios de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida por sus siglas en español como la CNUDMI o por sus siglas en inglés como UNCITRAL

24 Herdegen, M. *Derecho Económico Internacional*. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, Colombia. 1998. Pág. 53

Como resultado, se habla en la actualidad de una *Nueva Lex Mercatoria*, que corresponde a los principios y usos del comercio ampliamente difundidos y generalizados. Esta abarca reglas y/o recopilaciones, condiciones generales, formularios tipo. La encontramos también en los principios generales del derecho contractual, aplicados y reiterados en jurisprudencia arbitral internacional; y en guías de uso general en el comercio internacional y promulgadas por organizaciones internacionales. La *Nueva ley mercante*, como la originada en la antigua Edad Media, emana de los mismos partícipes y operadores del comercio internacional, quienes han sido los creadores de este tipo de auto-regulación.

Se trata de un sistema jurídico desestatalizado, que busca regular y unificar el comercio internacional. Los tres pilares sobre los que descansa, son: (i) la existencia de una sociedad internacional de comerciantes (los arriba mencionados “operadores del comercio internacional”); (ii) la existencia de órganos, asociaciones o grupos que son integrados por estos operadores del comercio internacional; y (iii) la necesidad de prescindir de los Derechos estatales.²⁵

De esta manera, podemos mencionar tres organismos principales de donde emana actualmente la *Nueva Lex Mercatoria*: (i) la UNIDROIT²⁶, (ii) la CNUDMI o UNCITRAL²⁷, y (iii) la Cámara de Comercio Internacional (CCI)²⁸. Dichas organizaciones son las que han hecho posible la recopilación y *codificación* informal de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y los INCOTERMS de la CCI. Todos estos instrumentos, y muchos otros más, contribuyen a las relaciones comerciales internacionales, y se consolidan gracias a la inserción voluntaria de las partes involucradas en ellas.

Es así como la *Nueva Lex Mercatoria* depende ineludiblemente del principio de AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, mediante el cual las partes logran incorporarla como ley aplicable al contrato o a su relación. De esta manera, el ámbito natural en que se presenta la *Nueva Lex Mercatoria*, es la contratación internacional. A este respecto el Profesor Ralph Amisshah:

“...Este orden regulatorio a-nacional es hecho posible por: (a) La aceptación del Estado a la libertad de contrato (con excepción de

25 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Editorial Comares, Granada, España, 2000. Pág. 43.

26 Es una organización intergubernamental independiente creada en 1926, bajo el auspicio de la Liga de las Naciones, la cual se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica.

27 Ésta comisión es el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, encargado de la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional.

28 Organización con sede en París que representa los intereses de los comerciantes de sectores como Banca, Finanzas, Seguros, etc. Lo más importante de esta organización son las recopilaciones de reglas y usos comerciales, dependiendo del sector, que se realizan, en esmero de producir documentos que puedan ser utilizados por los operadores del comercio internacional, y que unifiquen las instituciones jurídicas y sus regulaciones, evitando, y en ocasiones resolviendo, los conflictos de leyes y/o de jurisdicciones.

orden público). (b) *La santidad del contrato contenido en el principio pacta sunt servanda*. (e) *Un mayor efecto transnacional es obtenido a través de la exclusión de la ley del Estado como ley del contrato. Normalmente, sustituyendo ésta con la elección de principios generales del derecho o lex mercatoria, o haciendo un llamado a los árbitros para que actúen como amigables componedores o ex aequo et bono, para una mayor predecibilidad preferiblemente a través de la aplicación de los Principios de la UNIDROIT.*²⁹

A pesar que la *Nueva Lex Mercatoria* tiende a ser referida más en relación con la ley de fondo, a ser utilizada para solucionar controversias de índole comercial internacional (Lando, Goldman, Lowensfeld, Schmitthof)³⁰, y no tanto a cuestiones de jurisdicción; no hay duda que de ella se ha inspirado y nutrido el arbitraje comercial internacional. Por un lado, en el arbitraje no sólo se requiere de la voluntad de las partes, sino que es además,

por excelencia, una institución autónoma y a-nacional.³¹ Al respecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González nos indican:

“... Este Derecho transnacional, situado al margen de los Derechos estatales, se funda en el contrato internacional y en el arbitraje comercial internacional: los contratantes indican a los árbitros las ‘reglas’ que deben aplicar, -las de la ‘Nueva Lex Mercatoria’-, lo que resulta posible, ya que los árbitros no pertenecen al Poder Judicial de ningún Estado y no están vinculados a un ‘sistema estatal’ de fuentes del Derecho...”³²

La ventaja es la posibilidad de que las disputas sean resueltas por medio del conocimiento real y actual de las prácticas comerciales, difundidas y generalizadas, en el contexto mundial. Para ello, los arbitrajes comerciales internacionales son cruciales, pues los árbitros encuentran mayor independencia a leyes estatales, de cualquier Estado particular.

29 Amisshah, R. *The Autonomous Contract. Reflecting the Borderless electronic-commercial environment in contracting*. Lectures on Private Law Aspects of International Trade at the Faculty of Law, University of Tromsø, Norway Pág. 30.

30 Berger, K.P. *The New Law Merchant and the Global Marketplace. A 21st Century View of Transnational Commercial Law* en *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Londres, Boston 2001, Pág 1 y ss.; publicado también en el *International Arbitration Law Review* 2000, Pág 91 y ss.

31 Amisshah, R. Op. cit. Pág. 32 “...**2.3.1 International commercial arbitration (ICA)** It appears accepted that ICA has become the most prevalent means of dispute resolution in international commerce.⁴⁰ This is hardly surprising as ICA is a cornerstone of the autonomous contract, and unlike litigation survives on its merits as a commercial service to provide for the needs of the trading community. As such ICA adheres more closely to the rules of the market economy, responding to those needs and catering for them more adequately. It has consequently been more dynamic than the national courts, in adjusting to the changing requirements of modern world trade.⁴¹ ICA, in taking its mandate from and giving effect to the will of the parties, provides them with greater flexibility and frees them from many of the limitations of municipal law. As examples of this, it seeks to give effect to the parties’ agreement upon: the lex mercatoria as the law of the contract; the number of, and persons to be “adjudicators”; the language of proceedings; the procedural rules to be used, and; as to the finality of the decision. ICA through state support provided by the New York Convention (and where implemented by the UN Model Law on ICA) grants international commercial contracts an unparalleled enforcement apparatus world-wide. ⁴² Much that has been essential to the success of ICA has been contributed by the activities of international organisations, both governmental ⁴³ and non-governmental, ⁴⁴ in providing the necessary legal infrastructure for arbitration in the form of international legal instruments and the dissemination of information about their application on a world-wide basis. There are multitudes of papers and publications dedicated to ICA...”

32 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, Op. cit. Pág. 43 y 44.

La *Nueva Lex Mercatoria* nos proporciona igualmente normas, reglas y usos, sobre arbitraje comercial internacional, que pueden ser utilizadas por las partes para someter en forma segura sus controversias a un foro especializado; normas procedimentales adecuadas y ágiles, apropiadas para resolver conflictos de índole internacional, con indiferencia a las idiosincrasias particulares de un Estado específico. Entre estas normas encontramos las reglas sobre arbitraje internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Arbitraje (conocida como la AAA), que es una agrupación autónoma norteamericana dedicada a la resolución de disputas, su par en el arbitraje internacional, sea el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés)³³, la CNUDMI y otras organizaciones autónomas e institucionales del arbitraje internacional.

El arbitraje comercial internacional, desde la óptica de la *Nueva Lex Mercatoria*, coincide y concuerda con los postulados del derecho internacional privado. Los sistemas de éste no son hostiles frente a los postulados de la *Nueva Lex Mercatoria*, ya que ambos pretenden facilitar las relaciones privadas internacionales.³⁴ Así, la ya comentada cláusula compromisoria para arbitraje

internacional es justificada y su pretensión, como elección de foro *alternativo* de resolución de conflictos, contribuye a resolver los conflictos internacionales de jurisdicciones. Sin perjuicio de lo arriba dicho, debemos aclarar que a pesar de constituir la *Nueva Lex Mercatoria* una norma autónoma, los Estados pueden ejercer su control sobre su uso por las partes interesadas, sin que ésta pierda su carácter y naturaleza.³⁵ Ello, también lo encontramos en nuestro tema de estudio. Así, tenemos como ejemplo el control sobre la arbitrabilidad o no de una cuestión, ejecución de un laudo arbitral, aceptación o no de la cláusula de elección de ley y/o de foro, etc., que se incluye en la legislación interna de cada Estado.

En Costa Rica la *Nueva Lex Mercatoria* ha sido escasamente prevista o regulada. Sin embargo, su aplicación no atentaría en nada con el sistema que nos rige, pues tanto se respeta la ley estatal como la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, dándole a las partes en una transacción la seguridad de que lo que acuerden entre ellas será ley. De igual manera, la *Nueva Lex Mercatoria* se encuentra ya presente en la jurisprudencia arbitral nacional, al ser utilizada por paneles arbitrales locales, en la interpretación del derecho costarricense.³⁶

33 Ver la página de internet: www.adr.org

34 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, Op. cit. Pág. 46.

35 Este control lo podemos encontrar en diversas materias como: Circulación de Mercancías y Derechos de la Propiedad Industrial (el agotamiento internacional de los derechos); Derechos de Protección del Consumidor; Derecho de la Competencia (Antitrust); Derecho de la Competencia Desleal; Derecho en Materia de Responsabilidad Especial de los Empresarios (responsabilidad objetiva); Contratos de Distribución, en ciertos países, especialmente de Latinoamérica (a pesar de los modelos de la CCI de Contratos Uniformes de Agencia Internacional (No. 496) y de Concesiones Comerciales (No. 441).

36 Pérez Vargas, V. y Pérez Umaña, D. *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice*, en Uniform Law Review/Reveu de Droit Unifrome, NS – Vol. XI. 2006-1. Pág. 180.

No podemos dejar de lado la importancia inspiradora de la *Nueva Lex Mercatoria*, en las relaciones comerciales internacionales con conexión en nuestro país. Si bien la *Nueva Lex Mercatoria* no es fuente escrita del derecho en nuestro país, la inserción de éste en un mundo globalizado, donde la inversión extranjera es omnipresente y donde cada vez más los participantes en los negocios locales son empresas extranjeras, obliga al operador del derecho, a la parte litigante y al árbitro, a su conocimiento. Su aplicación práctica vincula indirectamente al país, al respeto de la cláusula arbitral internacional; si la *Nueva Lex Mercatoria* no se puede negar, menos se podría ignorar el arbitraje comercial internacional.

ii) Derecho Convencional Internacional

Los Tratados o Convenciones Internacionales representan la posibilidad de un Estado a limitar su soberanía. Estas limitaciones de soberanía versan sobre una sinnúmero de temas y materias, dentro de las que encontramos la competencia legislativa y la competencia jurisdiccional. El derecho convencional internacional constituye la fuente de mayor importancia para el derecho comercial internacional y derecho internacional privado. Existen en este sentido distintas clases de convenios internacionales. Como se ha dicho, encontramos por un lado las convenciones

internacionales, que incluyen normas de colisión o conflicto, que pretenden uniformar la solución de los diversos conflictos de leyes y de jurisdicciones, como lo es el Código de Bustamante. Por otro lado, encontramos las convenciones internacionales que incluyen normas de fondo o de aplicación directa, que se ubican dentro de la tendencia unificadora y uniformadora del derecho.³⁷ Para citar algunos ejemplos, el Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Convenios UNIDROIT de Ottawa de 1988 sobre los contratos internacionales de leasing o factoring.

El Prof. Marco Gerardo Monroy Cabra es claro en sostener que los tratados internacionales enmarcan uno de los procedimientos más eficaces para lograr, lo que se define y distingue como unificación³⁸ y armonización³⁹. Así, encontraremos tratados internacionales que pretenden la unificación y armonización tanto de normas de colisión como de derecho de fondo. La ventaja indudable de la unificación y armonización del derecho de colisión es reducir la incerteza de la ley aplicable o *lex causae*, eliminando las posibilidades de que ésta estuviera condicionada al foro elegido. Por su lado, la unificación y armonización del derecho de fondo permitiría la uniformidad de criterios jurídicos entre diversos países, como sería el caso de uniformar la validez legal de las

37 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J. Op. cit. Pág. 35. Estos autores nos remiten a convenciones internacionales con combinaciones de normas indirectas y directas.

38 Monroy Cabra, M.G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1983. Pág. 40; quien comenta: "La unificación consiste en insertar en uno o más sistemas legislativos reglas de derecho con el mismo contenido normativo."

39 Ibidem. Pág. 40 y 41. donde se indica: "...la armonización vista desde el punto de vista negativo se sitúa más allá de la diversidad originaria de los distintos sistemas legislativos, pero más acá de otra uniformidad en el cuadro de esos mismos sistemas jurídicos... La armonización se caracteriza por su variabilidad y busca reglas materiales, lo que representa unificación de los principios."

cláusulas compromisorias y de la aceptación de ejecución de sentencias arbitrales. Este último punto es lo que pretendieron los países signatarios de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Convención de Panamá de 1975, que más adelante abordaremos.

Así las cosas, es el derecho convencional internacional, al igual que el derecho transnacional o *Nueva Lex Mercatoria*, el que da paso al reconocimiento formal de procedimientos de arbitraje a nivel internacional. Sin duda alguna, las convenciones internacionales de mayor relevancia son la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (de Nueva York de 1958) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje (Convención de Panamá de 1975). Es gracias a estas dos últimas, que nuestro país reconoce la importancia, y por qué no, la necesidad de recurrir y aceptar el arbitraje comercial internacional como alternativa para la solución de problemas de tráfico externo.

2. La Convención de Nueva York vs. Convención de Panamá.

Nos comenta Cristián Conejero Roos que en Latinoamérica “...el impacto de las convenciones internacionales sobre la materia ha sido, en efecto, el primer paso crucial en el desarrollo de un marco regulatorio apropiado para la práctica del arbitraje internacional...”. Acertadamente, dicho actor, se refiere al cambio del escenario en países

latinoamericanos a partir de la “... gradual pero hoy casi unánime ratificación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, ... , y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional de 1975, ..., que permitieron a la gran mayoría de los países latinoamericanos adherentes a tales convenciones, contar con una solución apropiada y expedida para el reconocimiento de acuerdos o convenios arbitrales y para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.”⁴⁰ Costa Rica no es la excepción, al aprobar y ratificar ambas convenciones en diciembre de 1977. Se encuentra así en ellas el fundamento jurídico del arbitraje comercial internacional en Costa Rica.

No queremos desmeritar el aporte de la *Nueva Lex Mercatoria*. Como se ha comentado, claramente ésta contribuye en el mantenimiento y transcurso del arbitraje comercial internacional, pero tal y como lo hace en los demás países, como fuente autónoma. Costa Rica reconoce la fuerza e importancia de su contenido, sin embargo, no podríamos decir que es el fundamento del arbitraje comercial internacional costarricense. Véase que los documentos contenidos en la *Nueva Lex Mercatoria* no son reconocidos como la norma imperante en nuestra legislación.⁴¹

La Convención de Nueva York es uno de los instrumentos jurídicos internacionales de mayor relevancia a nivel mundial, ratificado por más de 140 países. Fue redactada y suscrita

40 Conejero Roos, C. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un panorama General*, en *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*, Marco Legal y jurisprudencial, Pag. 60 y 61.

41 No obstante, ello puede cambiar en el corto plazo, si se aprueba la iniciativa del Ministerio de Justicia, impulsada por la sociedad civil y un grupo de abogados y juristas nacionales, participantes activos en el arbitraje nacional e internacional, de promulgar la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de la CNUDMI. Al respecto ver expediente legislativo 17.593.

bajo auspicios de las Naciones Unidas, en la Ciudad de Nueva York, en Junio de 1958; en reconocimiento de la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver las controversias comerciales internacionales. Por ello, por medio de ésta, se trató de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y no nacionales.

La Convención de Panamá, por su parte, nace del consenso interamericano convocado por la Organización de Estados Americano, que resultó en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I), celebrada en Ciudad de Panamá en 1975. Esta Conferencia trató temas tan diversos desde el arbitraje hasta las sociedades mercantiles. Lo que se buscaba en esa época era continuar el proceso de armonización de las normas sobre conflictos de leyes en América, y que se retomara el trabajo que por varias décadas había llevado a cabo las Conferencias Internacionales Americanas, mismas que dieron frutos de alto valor jurídico, como el Código de Bustamante de 1928.⁴²

Analizando ambas convenciones, la de Nueva York y de Panamá, notamos que ellas obligan a los Estados signatarios a reconocer la validez del acuerdo de partes de

someterse al procedimiento de arbitraje, sea en sede nacional o extranjera⁴³. Igualmente, ambas convenciones unifican y armonizan los ordenamientos jurídicos internos de los Estados signatarios en cuanto al procedimiento para reconocer y ejecutar sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en el entendido que sean emitidos en territorios diferentes a los del Estado donde se pretenda su reconocimiento y ejecución.

En cuanto a los acuerdos arbitrales, la Convención de Nueva York indica en su artículo II:

“...1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual

42 Monroy Cabra, M.G. Op. cit. Pág. 381 a 390.

43 Ver Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, New York, 10 de junio de 1958; y Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional Comercial, Panamá, 30 de enero de 1975.

las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable....”

Por otro lado, la Convención de Panamá, dispone también, en su artículo 1:

“...Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex....”

Claramente, la convenciones internacionales citadas, responden a la imperiosa necesidad de unificar y armonizar los criterios jurídicos respecto a la aceptación y reconocimiento del arbitraje comercial internacional, como medio alternativo elegido por las partes para la solución de sus controversias.

Mucho se ha comentado sobre la razón de ser de la Convención de Panamá de 1975, dado que coincide en forma casi idéntica con la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo existen diferencias marcadas entre ambas convenciones. El jurista holandés Albert Jan van den Berg⁴⁴, ha resumido con claridad dichas diferencias, veamos:

a) Campo de Aplicación: La Convención de Panamá no incluye en su texto limitación

alguna para su aplicación, tal y como si lo hace la Convención de Nueva York en su artículo I.3. (respecto a la reserva de reciprocidad y la limitación a arbitraje comercial, sin embargo, en cuanto a este último punto, es claro que la Convención de Panamá trata sobre arbitraje de cuestiones de índole comercial)

b) Remisión a Arbitraje por una corte nacional: La Convención de Panamá no contiene una disposición expresa en cuanto a la obligación de las cortes nacionales de un país signatario a remitir a arbitraje en caso de que le sea presentado una cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje. Así, no hay que los redactores se atuvieron a que dicha obligación estuviera incluida en las leyes internas del país signatario. Lo anterior, a pesar que en los artículos 1 al 3 de la Convención de Panamá se establezca la validez del acuerdo de partes en este sentido.

c) Requisitos a ser cumplidos por el solicitante de ejecución del laudo arbitral: La Convención de Panamá no contiene una disposición como la incluida en la Convención de Nueva York en su artículo IV, en cuanto a los requisitos a ser cumplidos por la parte que pida el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. En este sentido dichos requisitos, como el original del laudo arbitral y/o del acuerdo o compromiso arbitral, ambos debidamente traducidos al idioma oficial del país en que se invoque tal reconocimiento y ejecución, serán establecidos por las leyes internas de cada país.

d) Aplicación de las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial: La Convención de Panamá contiene además una disposición única en su tipo, que la distingue ampliamente de la Convención de Nueva York. Su artículo 3 establece que *“... a falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial...”*. De esta manera, la ausencia de acuerdo entre las partes será suplido, en cuanto a un tema de tanta importancia, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Así, cabe plantearnos, que existiendo diferencias entre una Convención y la otra y dada la simultaneidad e identidad de ratificaciones, nótese que todos los países ratificadores de la Convención de Panamá lo son de la Convención de Nueva York, nos preguntamos: ¿cuándo se aplicaría la Convención de Panamá sobre la Convención de Nueva York?

Muy pocos Estados signatarios y ratificadores abarcaron el tema. Uno de los que si lo hizo al momento de suscribir la Convención de Panamá fue los Estados Unidos de América. En este sentido su representante estableció:

“...1. Al menos que entre las partes en un acuerdo sobre arbitraje exista un compromiso expreso en contrario, cuando se cumplan los requisitos para la aplicación tanto de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional como de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, si la mayoría de dichas partes son ciudadanos de un Estado o Estados que han ratificado o hayan

adherido a la Convención Interamericana y sean Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, se aplicará la Convención Interamericana. En todos los demás casos se aplicará la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. 2. Los Estados Unidos de América aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que estén vigentes en la fecha en que depositen el instrumento de ratificación, al menos que con posterioridad los Estados Unidos de América tomen una decisión oficial de adoptar y aplicar las modificaciones ulteriores de dichas reglas. 3. Los Estados Unidos de América aplicarán la Convención sobre la base de reciprocidad, sólo para el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de otro Estado Contratante...”

Pero, ¿deberíamos creer que la posición de los Estados Unidos de América es la que en derecho corresponde? Al respecto, se analizan dos posiciones distintas:

a) Lo dispuesto expresamente por las Convenciones de Nueva York y/o la Convención de Panamá, en cuanto a otros tratados internacionales.

b) Lo dispuesto por las reglas de conflicto de tratados internacionales.

En cuanto a la primera posición, es la Convención de Nueva York la única que contiene disposiciones en este sentido. Así, se establece en el artículo VII.1 lo siguiente:

“Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias

⁴⁴ Van den Berg, A.J. *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*, en *Arbitration International*, London Court of International Arbitration. 1989, Vol.5. Pág. 214-229.

arbitrales concertado por los Estados Contratantes ni privará a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tender a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque." (con excepción del Protocolo de Ginebra de 1923 y la Convención de Ginebra de 1927, pues el artículo VII.2 las deja sin efecto al momento en que entrara en vigor la Convención de Nueva York)

Según la anterior norma, podría decirse que la Convención de Panamá se aplicaría sobre la Convención de Nueva York en todo momento, siempre y cuando estén involucrados Estados contratantes y no en forma universal.⁴⁵ Claro que cabe la discusión de si la Convención de Nueva York se refería a acuerdos multilaterales o bilaterales ya suscritos al momento en que cada Estado suscribiera o ratificara la Convención de Nueva York. Al respecto recordemos que la Convención de Panamá es posterior a la de Nueva York. Esto nos lleva al segundo criterio: los principios para la solución de conflictos de tratados.

Los principios tradicionales son *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*. Sin embargo, se nos menciona una regla de reciente aceptación: *la règle d'efficacité maximale*. La regla de "eficacia máxima" nos da una pauta muy clara, sea que se será de aplicación el tratado internacional que mantiene la validez del acto. Al respecto, sería de obvia aplicación el principio de ley posterior deroga ley anterior, pero la interrogante que se nos presenta ¿cómo identificar lo anterior cuando la aprobación o ratificación de ambas

convenciones es simultánea?. En este caso, la regla de "eficacia máxima" pareciera ser la solución.⁴⁶

C. Efectos y Aplicación de Convenios Internacionales sobre Arbitraje Comercial Internacional: ¿Son de aplicación directa y carácter erga omnes?

Como vimos, existen distintas clases convenciones internacionales, encontramos por un lado, las convenciones internacionales propias del derecho internacional privado, que pretenden uniformar la forma de solución de los diversos conflictos de leyes y de jurisdicciones. Por otro lado, encontramos las convenciones internacionales que incluyen normas de fondo o de aplicación directa, que se ubican dentro de la tendencia unificadora y uniformadora del derecho, y hasta las hay que incluyen un sistema mixto. Sea cual sea el caso, es importante considerar que ambos tipos son y deben ser tratados en el derecho interno como tratados internacionales con la vigencia y jerarquía que cada ordenamiento les asigne. En el caso de Costa Rica, con supremacía sobre la ley, según el artículo 7 de la Constitución Política.

Sin embargo, poco ha sido comentado sobre la posibilidad de que los tratados internacionales sean de aplicación directa (autoejecutables) y también si son o no de aplicación restringida a situaciones entre Estados parte. El primer problema, sobre la posibilidad de aplicación directa de los tratados internacionales, trata sobre la posibilidad de que un individuo, no sujeto directo del derecho internacional público, reclame los derechos emanados de la

convención o tratado internacional mismo. Ya la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto en nuestro ordenamiento este problema, estableciendo como precedente vinculante dos condiciones para que las normas de los tratados internacionales se incorporen y apliquen directamente a favor de los individuos nacionales de los Estados involucrados, sea el primero una condición de forma, referido a que la norma internacional cuente con una formulación clara; y el segundo una condición de fondo, sea que la norma jurídica sea incondicionada, completa y jurídicamente perfecta, es decir que su aplicación no debe estar subordinada a ningún otro acto de derecho positivo interno. Así la Sala Constitucional ha establecido:

*"I.- Que, si bien el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo, de conformidad con el artículo 7° de la Constitución Política, ello no obsta a que, **cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado.** De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1° de setiembre) y, sobre*

*todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (No. 7135 del 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley.... III.- En lo que se refiere al objeto concreto del presente recurso, considera la Sala que la norma invocada, ... **es absolutamente clara e incondicionada...** IV.- **Ese derecho es, como se dijo, incondicionado, en cuanto que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria; pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando este provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza; si no los tuviera, obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, ... se traduciría en la de crearlos conforme con el artículo 2°. V.- En el caso concreto, considera la Sala que se está ante un supuesto de aplicación inmediata del tratado, porque existen en Costa Rica tanto el órgano como el procedimiento ..."***⁴⁷ (Lo resaltado no es del original)

Ahora bien, en cuanto al segundo problema, respecto a la aplicación restringida de los tratados internacionales, sea su eficacia *erga omnes* y/o *inter partes*; este problema consiste

45 Se estaría interpretando en este sentido que la Convención de Panamá no es erga omnes.

46 Van den Berg, A.J. Op. cit. Pág 227.

47 Voto 282-90 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 17 horas del 13 de marzo de 1990.

en determinar hasta que punto las normas incluidas en el texto de la convención o tratado del que se trate, serán aplicados únicamente a situaciones ligadas a los individuos nacionales de Estados parte, o según lo establecido en la convención o tratado mismo, a todos aquellos individuos que se encuentren en las situaciones reguladas en dicha convención o tratado.⁴⁸

La mayoría de las convenciones internacionales limitan expresamente su aplicación, con manifestaciones como: “*Cualquier individuo nacional de otro Estado Contratante*”, o “*Que provenga del territorio de otro Estado Contratante*”, etc. Sin embargo, la duda se extiende a aquellos casos en que se hayan omitido manifestaciones o declaraciones de este tipo. Lo que nos lleva a cuestionarnos: ¿Son las normas de colisión o normas uniformes contenidas en derecho internacional privado convencional de aplicación general, por el simple hecho de ser parte del ordenamiento jurídico interno? La doctrina en este sentido se ha inclinado por responder en forma negativa la anterior cuestión.⁴⁹

Establecido lo anterior, debemos valorar lo dicho con respecto a las Convenciones de Nueva York y Panamá.

En cuanto a la Convención de Nueva York, la CNUDMI, redactora de la Convención, pretendió una unificación y armonización plena en materia de arbitraje. Las intenciones de esta Convención van sin duda más allá de lo normalmente obtenido en este tipo de tratados internacionales. Me refiero específicamente al aspecto de que la Convención de Nueva York fue redactada de manera tal, que los Estados signatarios la acogieran tanto a lo externo en sus relaciones internacionales como a lo interno en su ordenamiento jurídico.

Así, el artículo 1.3 de dicha Convención establece la posibilidad de las partes a restringir la aplicación de su contenido únicamente a territorios de otro Estado Contratante a *condición de reciprocidad*⁵⁰, lo que interpretado en sentido contrario, nos indica que los Estados Contratantes que no hicieran dicha reserva de reciprocidad, según lo ahí establecido, estarían admitiendo que las disposiciones incluidas en la Convención fueran de aplicación general *erga omnes*.

Claramente, con lo dicho, la Convención de Nueva York pretendió el compromiso firme de los Estados Contratantes de reconocer la validez y legalidad de las cláusulas de arbitraje comercial internacional y los laudos arbitrales

48 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J. Op. cit. Pág 35.

49 Ibidem. Pág.35. Estos autores interesadamente han criticado como en España se olvida que el Convenio de Roma de 1980 es de aplicación *erga omnes* y por ello debe ser de aplicación general aunque no se tenga la nacionalidad de estados parte –sin embargo en la actualidad ya es derecho comunitario, por lo que es legislación de obligatorio acatamiento y aplicación.

50 El artículo 1.3. dispone lo siguiente: “*En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el Artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que solo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.*”

extranjeros que se dieran en cualquier territorio Estatal, sin limitarse a aquellos territorios de los países signatarios. Así, la condición o base de reciprocidad –admitida tradicionalmente en el derecho internacional público para las relaciones internacionales- debe, según el artículo comentado, ser alegada al momento de suscripción o ratificación, de lo contrario los efectos de la Convención serían *erga omnes*. Con esto, debemos reconocer que Costa Rica, al no haber alegado la reciprocidad mencionada, debe aplicar el contenido y las disposiciones de la Convención de Nueva York en forma general, a favor de procesos y laudos arbitrales que se den dentro o fuera de los territorios de Estados Contratantes, es decir, en cualquier parte del mundo.

Por otro lado, determinar el carácter de *erga omnes* o no de la Convención Interamericana de Panamá de 1975 es de mayor complejidad. Su texto no es del todo claro. En líneas arriba citamos la posición doctrinal en cuanto a tratados internacionales que no contuvieran manifestación expresa respecto a los efectos *inter-partes*, dicho de otra manera, tratados internacionales que no establecieran referencias específicas respecto a que si su aplicación sería a favor de Estados Contratantes únicamente, sea aquellos suscritos sobre condición de reciprocidad. Según se dijo, la ausencia de una manifestación sobre condición de reciprocidad no implica necesariamente la interpretación a *contrario sensu*. En este sentido, la posición doctrinaria es negar la aplicación *erga omnes*, aún cuando los tratados internacionales no

hayan limitado expresamente sus efectos. Sin embargo, la Convención Interamericana, si bien no limita sus efectos con lenguaje claro de condición de reciprocidad, ni tampoco acepta la aplicación general de sus disposiciones, comparto con varios autores en este tema⁵¹, que lo que buscaban los países interamericanos era repetir de alguna manera lo obtenido en la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York en el año 1958. No obstante, debo coincidir con el Prof. Albert Jan van den Berg, en cuanto a que no tendría mucho sentido considerar la Convención de Panamá de aplicación *erga omnes*, al existir en el momento de su redacción la Convención de Nueva York.⁵² Inclusive se puede llegar a esa conclusión si se analiza el marco dentro del cual la Convención de Panamá fue adoptada. Hay, por lo tanto, más razones que inclinan el resultado a favor de la aplicación bajo condición de reciprocidad de la Convención de Panamá, contra razones que le den a ésta efectos *erga omnes*.⁵³

Llama la atención igualmente la reserva de los Estados Unidos de América, citada arriba, en cuanto a que dándose los requisitos para la aplicación tanto de la Convención Panamá como de la Convención de Nueva York, si la mayoría de dichas partes son ciudadanos de un Estado o Estados que han ratificado o se hayan adherido a la Convención de Panamá y sean Estados miembros de la OEA, se aplicará la Convención de Panamá; y también respecto a que los Estados Unidos de América aplicarán la Convención de Panamá sobre la base de reciprocidad, sólo para el reconocimiento

51 Garro, A. *Conferencia y Seminario Saggi*, Centro di studi e reicerche di dirirro comparato e straniero y Van den Berg, A. J. Op. cit. Pág. 215.

52 Van den Berg, A.J. Op cit. Pág. 221.

53 Norberg, Ch. “*General Introduction to Inter-American Comercial Arbitration*”.

y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de otro Estado Contratante. Es importante la reserva hecha, pues no hay que olvidar que Estados Unidos de América no reconoce la Convención de Nueva York con efecto *erga omnes*, al haber hecho reserva de aplicación bajo condición de reciprocidad.

No obstante, a pesar de lo dicho, el punto parece no tener mayor relevancia en nuestro territorio, y siempre y cuando no trate sobre puntos que se refieran a aspectos diferentemente regulados por una y otra convención, en razón de que para nosotros la convención que da el derecho a reclamar el pacto compromisorio internacional y la validez para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, en forma general –*erga omnes*– deriva claramente de la Convención de Nueva York.⁵⁴ Ello quiere decir que ese derecho lo disfrutarán en nuestro país, individuos o entidades que deseen discutir asuntos en arbitraje en cualquiera de los países americanos signatarios o no de la Convención de Panamá. Aún, el tema pierde importancia para casos en que nuestros nacionales deseen hacer valer pactos compromisorios internacionales o sentencias arbitrales de origen costarricense en territorios de Estados Contratantes de la Convención Interamericana, que no sean parte en la Convención de Nueva York (por el momento no existen tales), puesto que aún cuando la Convención Interamericana no sea de aplicación *erga omnes* si lo sería *inter-*

partes, y al ser Costa Rica parte contratante su aplicación en cualquier otro Estado Contratante sería obligatoria.

Nos queda por comentar lo concerniente a la aplicación directa o el carácter *autoejecutable* de las convenciones comentadas. Siguiendo el criterio de la Sala Constitucional respecto a cuando es un tratado internacional de aplicación directa, debemos establecer que los derechos consignados en ambas son claros e incondicionados. Por lo que son indudablemente de aplicación directa. Así, de existir cierta contradicción entre alguna ley de la República y alguna disposición contenida en estas convenciones internacionales, no sería necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad previo a hacer valer el derecho reclamado y de mayor jerarquía, nótese en este sentido lo establecido por don Rodolfo Piza en el voto en comentario:

*“...De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución ... y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional ... se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley...”*⁵⁵

Es claro entonces, que el derecho, establecido en las convenciones mencionadas, a recurrir a arbitraje comercial internacional

54 Y así para el resto de Estados Contratantes a la Convención Interamericana, ya que todos son partes de la Convención de Nueva York - Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela. Sin embargo, esta Convención de Nueva York será aplicada sobre base de reciprocidad únicamente para Argentina, Ecuador, Guatemala, Estados Unidos de América y Venezuela, en virtud de reservas hechas en este sentido.

55 Voto 282-90 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 17 horas del 13 de marzo de 1990.

y/o a reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en nuestro territorio, deviene de norma jerárquicamente superior a ley ordinaria y es de aplicación *erga omnes* y en forma directa, sin que sea necesaria entonces la declaratoria de inconstitucionalidad de alguna norma inferior que EXPRESA o CLARAMENTE la violente.

Vemos así como las Convenciones citadas son plenamente consistentes con el artículo 43 de la Constitución Política, armonizando el derecho supremo de acudir al arbitraje comercial internacional.

D. La Leyes Internas sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Una gran variedad de países cuenta con leyes internas que regulan en forma concreta y específica la materia concerniente a arbitrajes comerciales internacionales. Costa Rica no cuenta aún con una ley interna que regule la materia. Como se indicara en la introducción de este trabajo, nos encontramos a la espera de la votación y aprobación del proyecto de ley incluido en el expediente legislativo No. 17.593, referente a la promulgación de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, y a la expectativa de sus resultados, que transformarán sin duda el ambiente nacional del arbitraje internacional.

Debe quedarle claro al lector que cualquier ley interna sobre arbitraje comercial internacional, sea la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, o cualquier otra ley de su tipo, en nada cambiaría lo dicho en apartados anteriores. Esta ley no dará al

arbitraje comercial internacional más o menos valor. Lo que esta ley hará es transformar el derecho local nacional propiciando, en Costa Rica, arbitrajes internacionales sobre cuestiones que pueden o no tener conexiones con nuestro país.

Una ley sobre arbitraje comercial internacional tampoco afectará la continuidad de la aplicación de la Ley RAC. Como se entenderá, Costa Rica seguirá un sistema dualista, en el que convivirán ambas legislaciones: una, sobre arbitraje local, y otra sobre arbitraje comercial internacional. Lo anterior en oposición al sistema monista, que apunta a una única y misma regulación legal del arbitraje comercial, tanto doméstico como internacional.⁵⁶

Así, la Ley RAC regulará todos aquellos procesos arbitrales locales o nacionales, entendiéndose éstos como aquellos excluidos de la definición de *arbitraje comercial internacional*, según la Ley Modelo. Ley cuyo parámetro predefinido entiende a los arbitrajes comerciales internacionales como aquellos que surgen cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo arbitral está relacionada con más de un Estado; cuando las partes en un acuerdo arbitral cuentan, al momento de la celebración de ese acuerdo, con sus establecimientos en Estados diferentes, uno del otro; o cuando el lugar del arbitraje (si éste se ha determinado en el acuerdo arbitral), o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado donde las partes tienen sus establecimientos.⁵⁷

56 Conejero Roos, C. Op. cit. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un panorama General*. Pág. 68.

57 Artículo 1, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

Una ley interna sobre arbitraje comercial internacional se convertiría en la *lex arbitri* costarricense, que regularía los procedimientos arbitrales internacionales, cuya sede sea Costa Rica. Esta ley entonces superaría los grandes obstáculos para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en suelo costarricense, que se generaron con las restricciones incluidas en la Ley RAC, y según interpretaciones jurisprudenciales. En este sentido, es ilustrativo el documento “Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006”, que resalta la importancia de la Ley Modelo ante situaciones, como la que se presenta en el escenario costarricense, con la Ley RAC:

“...6. Las formas de insuficiencia que se observan en leyes nacionales anticuadas comprenden disposiciones que equiparan el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales estatales y normas de carácter fragmentario que no regulan todas las cuestiones de derecho sustantivo. Incluso la mayoría de las leyes que, al parecer, son modernas y completas se elaboraron teniendo presente ante todo, si no exclusivamente, el arbitraje nacional. Aunque este criterio es comprensible por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regulados por el derecho arbitral tendrán un carácter exclusivamente interno, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, con frecuencia, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna. 7. Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen

*de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje “específico”, se vean defraudadas, sobre todo en virtud de disposiciones por las leyes nacionales pueden impedir, por ejemplo, que las partes sometan sus controversias futuras a arbitraje o nombren libremente los árbitros y que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustración son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido al redactar el acuerdo de arbitraje. Incluso la falta de disposiciones legislativas puede provocar dificultades por el mero hecho de no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales propias del arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje. La finalidad de la Ley Modelo es disminuir el riesgo de esas posibles frustraciones, dificultades o sorpresas...”*⁵⁸

Para ponerlo en contexto con lo que hemos venido analizando. El arbitraje comercial internacional, hoy por hoy, es válido en Costa Rica; los acuerdos arbitrales suscritos por las partes, sometiendo asuntos a un procedimiento arbitral con reglas, sedes, y en idiomas extranjeros deben ser respetados. Al amparo de la Convención de Nueva York (y de Panamá), las cortes nacionales de nuestro país deben respeto a dichos acuerdos arbitrales, independientemente de la nacionalidad de las partes, el lugar de la sede, la ley aplicable al conflicto, etc.

58 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006”, Pág. 26 y 27.

El inconveniente que actualmente existe, con la falta de una ley de arbitraje internacional, es que los acuerdos arbitrales que sometan un conflicto a un arbitraje comercial internacional, y que elijan Costa Rica como sede, se ven ampliamente limitados. Lo anterior pues, al ubicar el procedimiento arbitral al territorio costarricense, las partes deberán regir el procedimiento arbitral según lo ordenado por la Ley RAC. Ésta, como es conocido, no sólo impone una serie de limitaciones, sino que ha sido interpretada en sentido restrictivo, que hacen inoperante el procedimiento arbitral comercial internacional. Por ejemplo, el proceso arbitral debe conducirse en idioma español, los árbitros en un arbitraje de derecho (y una gran mayoría de los arbitrajes internacionales son de derecho) deben estar inscritos ante el Colegio de Abogados de Costa Rica⁵⁹, lo que hace imposible que juristas y expertos de renombre en el arbitraje comercial internacional puedan conformar tribunales arbitrales en nuestro país. Así, las partes con una cláusula arbitral que elija sedes extranjeras, con leyes más flexibles y amigables al arbitraje comercial internacional, reciben un trato preferencial, respecto a aquella partes que elijan como sede al territorio costarricense.

Cristián Conejero Roos nos comenta al respecto, en alusión a la experiencia pasada de otros países latinoamericanos:

“...La existencia de convenciones internacionales sobre la materia, no obstante ser extremadamente útil, no resultaba

*suficiente para evitar la diversidad de problemas y limitaciones que un marco legal doméstico de esta naturaleza creaba, sobre todo porque las convenciones no cubrían los diversos aspectos propios de un arbitraje internacional sino que se enfocaban sobre todo en hitos específicos dentro de dicho proceso como la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral. En este contexto, la adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las leyes nacionales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales...”*⁶⁰

La importancia de promulgar la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, es que se permitirá con ella la implementación de una ley flexible, conocida ampliamente por los operadores del derecho comercial internacional, que favorece al arbitraje internacional, permitiendo su desarrollo en su máxima expresión. No sólo arbitrajes que pretendan solucionar conflictos con elementos de conexión situados en Costa Rica, podrán ser resueltos en el país, por medio de reglamentos de arbitraje mundialmente conocidos como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el de la Cámara de Comercio Internacional. Sino que además, hará posible la elección de nuestro país como sede de arbitrajes internacionales, en conflictos internacionales sin conexión alguna con Costa Rica. La exposición de motivos del proyecto de ley antes citado, hace ver las bondades de la Ley Modelo:

59 Voto 000177-A-00 Bis SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 16 horas del 21 de junio del 2000.

60 Conejero Roos, C. Op. cit. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un panorama General*, Pág. 64.

“...La Ley Modelo ha servido como un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales, puesto que regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Desde su aprobación por la CNUDMI, la Ley Modelo ha pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomándola como base. A setiembre de 2009, se habían promulgado leyes basadas en la Ley Modelo, conforme al texto aprobado en 1985 y su posterior reforma de 2006, en 61 países, muchos de los cuales son grandes socios comerciales de Costa Rica...”⁶¹

Con la promulgación de una ley de este tipo, Costa Rica no sólo formará parte del grupo de países amigables con el arbitraje comercial internacional, sino que además, tiene grandes posibilidades de convertirse en sede de importantes procesos arbitrales. Para ello, debemos cumplir con los criterios exigidos a nivel internacional, tales como: 1) posibilidad del uso de los idiomas requeridos por las partes o elegidos por ellas; 2) la facilidad de infraestructura y logística, la cual incluye transportes, telecomunicaciones y visados, etc.; 3) la seguridad política; 4) explotar la situación geográfica, que implica la cercanía con respecto de los participantes para reducir los costos de traslados de partes, testigos, y otros participantes, 5) contar con abogados y

árbitros locales expertos y versados en arbitraje internacional, y 6) contar con alta calidad de profesionales accesorios al proceso.

Ya es tiempo para que Costa Rica cuente con legislación apta para conducir arbitrajes de nivel internacional. No sólo el alto tránsito comercial internacional existente en estos tiempos, sino también la alta inversión extranjera en nuestro hemisferio, hacen necesaria la implementación de regulaciones que propicien a Costa Rica como sede de arbitrajes internacionales. Se requiere así de regulaciones que subsanen las deficiencias de la Ley RAC, y se complementen con los convenios internacionales a los que Costa Rica es parte. Como se ha mencionado, ni la Ley RAC ni las Convenciones de Nueva York o Panamá son suficientes.

III- CONCLUSIÓN

Costa Rica ha incluido en su Constitución Política el derecho a dirimir controversias de índole patrimonial entre privados. Así, es reconocido como derecho constitucional la posibilidad de recurrir a un procedimiento arbitral. Dicho derecho es trasladado a las relaciones privadas internacionales, al ser posible la elección de las partes de un foro arbitral internacional, muy necesario para solucionar los conflictos internacionales de jurisdicciones y solventar las desconfianzas que los órganos estatales de un país específico generan en los comerciantes extraños a él.

Es el arbitraje comercial internacional el sistema reinante, en el contexto de un

nuevo orden económico, que gracias a las tendencias unificadoras y a los convenios internacionales, se impone como la respuesta práctica y segura a la necesidad de las partes involucradas en negociaciones o transacciones internacionales.

En nuestro país la Convención de Nueva York y la de Panamá, constituyen la base normativa que obliga a las cortes estatales a reconocer la validez del acuerdo de partes, de someterse al procedimiento de arbitraje, en sede nacional o extranjera. Pero principalmente, será la Convención de Nueva York, con sus efectos

generales, directos y *erga omnes*, la que da contenido al derecho constitucional de acudir a procesos arbitrales, para cuestiones internacionales.

No obstante lo anterior, encontramos en Costa Rica un elemento faltante. Una legislación apta para conducir arbitrajes de nivel internacional en nuestro territorio. Costa Rica debe seguir el camino que muchos otros países latinoamericanos han emprendido, con la adopción de leyes modernas de arbitraje necesarias para propiciar el uso del arbitraje comercial internacional en el país.

61 Exposición de motivos Expediente Legislativo Número 17.593.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 36616

