

# **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ISSN: 2215-2377**

## **REVISTA JUDICIAL N° 102**

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

## PRESENTACIÓN

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

En su edición 102, correspondiente a diciembre de 2011, la Revista Judicial presenta colaboraciones sobre Derecho Urbanístico, Derecho Laboral, Historia del Derecho, administración del riesgo, Derecho Marítimo, responsabilidad por daño ambiental, comercio internacional, Derecho Tributario y Derecho Procesal.

En primer lugar, aparece el trabajo del Profesor de la Universidad de Costa Rica, Dr. Virgilio Calvo Murillo, titulado PERSPECTIVA JURÍDICA DE LAS INUNDACIONES. Después de evidenciar la importancia del agua, la escasez económica del agua dulce y la falta de disponibilidad de agua de buena calidad, el distinguido jurista se refiere a los acuíferos, al “mercado del agua” y al contrato de adquisición de agua. En su criterio, la realización del derecho al agua debe iniciarse con una modernización de la legislación existente y, con la regulación y obligatoriedad de tratar las aguas residuales. Nos da cuenta de que nuestra jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho al agua como un derecho fundamental y ha vislumbrado la necesidad de realizar esfuerzos serios para que la población pueda disfrutarla. Comenta las diversas connotaciones jurídicas del agua: en el Derecho Civil, en el artículo 4 inciso a) de la Ley de Aguas que determina el dominio privado de las mismas mientras discurren por una propiedad determinada y en el Derecho Internacional del Agua desarrollado en la O.N.U., por la Unión Mundial para la Naturaleza y la “Carta del Agua” aprobada por el Consejo de Europa. Seguidamente, se refiere específicamente al Derecho nacional y nos informa sobre la legislación e instituciones involucradas. Insiste en la necesidad de que la población se involucre en problemas tan cercanos a su acontecer como es el caso de los planes hidrológicos ambientales y nos explica que esta participación ciudadana ha sido apoyada por la Sala Constitucional. Entonces, pasa al tema de las inundaciones como problema jurídico. El autor considera que deben construirse obras que protejan, como los diques, e invertirse en tecnología que permita predecir el lugar donde se presentarán los fenómenos; afirma también que debe igualmente atenderse las deficiencias en el alcantarillado y crear conciencia entre la población sobre los peligros de crecidas. Todos estos hechos debieran significar el mínimo de preparación para la temporada lluviosa tan frecuente en nuestro país. Crea conciencia sobre el hecho de que la tala indiscriminada de árboles causa alteración en los caudales hidrográficos y afecta la calidad del agua. Analiza la responsabilidad administrativa, el papel de la teoría del riesgo, el nexo causal en el daño y los casos en que éste no existe en razón de lo que se denomina causas extrañas (fuerza mayor, hecho de un tercero y hecho de la víctima). Al

respecto, aclara que “la simple falta de actividad o inercia administrativa, por sí misma, no es constitutiva del nexo causal requerido para establecer la responsabilidad. Para configurarse ésta, debe realizarse un minucioso examen que establezca el daño como consecuencia de una falta de diligencia o negligencia de la Administración”; al respecto, comenta los requisitos de la especialidad y la anormalidad del daño inferido. Analiza diversas hipótesis concretas de daños producidos por inundaciones. También estudia las inundaciones como problema urbanístico y en sus conclusiones sostiene: “Los ordenamientos jurídicos deben prever la hipótesis de inundaciones dentro de la planificación urbanística, en cuanto a la definición del uso del suelo, como regulaciones técnicas para las construcciones y definición de zonas donde puedan realizarse estas y así evitar la construcción en zonas vulnerables ya definidas como tales en razón de eventos naturales sucedidos anteriormente.”

Con EL CONTRATO LABORAL TRANSNACIONAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL, participa el Profesor Raúl Marín Zamora. En su artículo, se refiere a los casos en que las empresas transnacionales constituyen un grupo patronal que actúa simultáneamente en varios países. Este tema ya ha sido tratado por la jurisprudencia laboral costarricense que, con prestigioso y moderno apoyo doctrinal, ha desarrollado en diversas sentencias el tema del grupo de interés económico, destacando que es un “conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única”. Sobre el concepto de grupo de interés económico, de “holding” o de pluralidad de lugares de trabajo con desplazamiento al extranjero en el ámbito de la seguridad social a la luz de la legislación y jurisprudencia patria, nos indica que la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social aborda el tema de la asignación de responsabilidades a cargo de los patronos en materia de seguridad social dentro de los grupos de empresas vinculadas o dirigidas por una casa matriz, así: "Artículo 51.- Las personas jurídicas, las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y autonomía funcional, aunque estas últimas tengan o no personalidad jurídica, responderán solidariamente por las acciones o las omisiones violatorias de esta ley, cometidas por los representantes en el ejercicio de sus funciones.”

El Dr. Jorge Francisco Sáenz Carbonell nos ofrece DON JOSÉ SIMEÓN GUERRERO DE ARCOS Y CERVANTES, PRIMER PRESIDENTE DEL PODER JUDICIAL DE COSTA RICA; se trata de la biografía de un abogado nicaragüense, que vivía en San José desde 1824 y que había venido a Costa Rica por invitación de nuestras autoridades, para desempeñar un cargo de juez. En aquellos momentos hubo muchas dificultades para instalar la Corte. El Profesor Sáenz Carbonell nos cuenta que, en aquellos días, don Sabino Castillo y Palacios denunció que el licenciado Guerrero de Arcos y Cervantes faltaba a los deberes de moralidad que le imponía su cargo, por vivir públicamente amancebado, es decir, que hacía vida marital con

una mujer con la que no estaba casado. El autor transcribe algunos de los razonamientos de su defensa, que marcan la diferencia entre normas jurídicas y normas morales y religiosas, distinción que hoy nos parece elemental pero que en la Costa Rica de 1833 podía considerarse algo difusa. Otra situación curiosa que nos relata es que, mientras se estudiaba este caso, se recibió en la Asamblea otra acusación contra don José Simeón, formulada por el secretario de la Corte, don Pedro César y Urroz. Después de largas discusiones, el 31 de agosto la Asamblea declaró que había lugar a la formación de causa contra don José Simeón por la acusación de don Sabino Castillo, y lo suspendió en el ejercicio de su cargo. Como era el único magistrado en funciones, otra vez el Estado se quedó sin Corte de Justicia.

CONTROL INTERNO. LA ADMINISTRACION DE RIESGOS se titula el aporte del M.Sc. Ronaldo Hernández H., Máster en Derecho Público, Especialista en Derecho Mercantil y Doctorando egresado en Derecho Administrativo. Nos presenta la importancia del concepto de riesgo y de la determinación de los problemas potenciales antes de que ocurran y la selección de los cursos de acción, una vez identificado el riesgo. Resalta la importancia para toda organización de contar con una herramienta, que garantice la correcta evaluación de los riesgos. En relación con los objetivos y políticas en la administración de riesgos, identifica los tipos de éstos: financieros, dinámicos, estáticos, especulativos, puros, fundamentales y particulares. Nos habla de las técnicas y herramientas para la administración de riesgos, de la responsabilidad del administrador de riesgos y de los procesos de evaluación, revisión y auditoría en la administración de riesgos

Del Lic. Jorge Murillo González, especialista en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica, ofrecemos DOCUMENTOS Y EVENTUALES CONTRADICCIONES DE ÉSTOS EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO. En razón de que la regulación que rige esta materia data del año 1853, el Lic. Murillo considera que la gran mayoría de los artículos se encuentran obsoletos y prácticamente en desuso. Inicia explicando el contrato de fletamento. Siguiendo a Sánchez Calero, lo define como el contrato por el que una persona (fletante) se obliga a poner un buque armado y equipado a disposición de otra (fletador), que se compromete a pagar una determinada cantidad (flete), bien en proporción a un tiempo determinado o bien por la realización de uno o más viajes. Pasa seguidamente al tema central que es el de los documentos: la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, los cuales explica. Analiza, finalmente, las posibles contradicciones entre ellos y propone soluciones para éstas.

El Consultor legal ambiental, Profesor de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras M.Sc. Mario Peña Chacón, gran colaborador de la revista, nos brinda ASPECTOS PROCESALES DE LA

RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL APLICABLES EN LA NUEVA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Expone, en primer lugar, los principios de prevención, precaución, contaminador pagador y reparación o solución a la fuente, pero afirma que necesitan de normas procesales que les permita su correcta aplicación en los procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental; sostiene que es necesario que los procesos donde se ventile la responsabilidad por daño ambiental, cuenten al menos con un sistema de legitimación procesal abierto donde se reconozcan los intereses difusos y colectivos, con normas especiales para su correcta integración y conformación; también es necesario dotar de mayores poderes al juez para la toma de medidas cautelares de forma expedita e inmediata que prevenga el posible daño o en su caso, paralice sus efectos, aún en aquellos supuestos científicamente inciertos. Comenta las disposiciones del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, basado en los principios procesales de oralidad e intermediación de la prueba, donde el proceso se desarrolla a través de audiencias orales, siendo escritos únicamente la interposición y contestación de la demanda, la sentencia y los recursos contra ella así como los documentos, peritajes e informes que se adjunten a los expedientes. De igual forma, son de aplicación los principios procesales de concentración, celeridad, carga de prueba, dispositivo, impulso procesal, contradicción, identidad física del juzgador, búsqueda de la verdad real, publicidad, preclusión, impugnación y ejecución. El autor comenta la responsabilidad de la administración pública y del servidor En relación con el daño ambiental y sus aspectos procesales.

Se refiere a jurisdicción, capacidad, legitimación Sostiene que otro aspecto importante del nuevo CPCA es la eliminación del odioso requisito del previo agotamiento de la vía administrativa para poder acudir a la vía contencioso-administrativa. También estudia las medidas cautelares, la prueba, la sentencia y su ejecución. En su opinión, muchos de los principios propios del derecho ambiental y de la responsabilidad por daño ambiental, o están ya contemplados, o pueden integrarse vía interpretación e integración al proceso contencioso administrativo, siempre y cuando el operador haga un buen uso de las herramientas que proporciona el mismo ordenamiento jurídico, siendo el procedimiento de trámite preferente el ideal para resolver este tipo de controversias.

El Profesor de la Universidad de Costa Rica, Lic. Luis Albán Arias S. participa con PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS. Sus objetivos son: establecer las acepciones que, respecto a cada postulado, maneja el alto tribunal, reseñar su parecer en cuanto al contenido de los mismos y exponer bajo qué condiciones acepta la flexibilización de aquellos. Desarrolla tres postulados jurídicos de suma importancia: a) el de legalidad de la tributación, conocido también, como reserva de ley; o lo que es lo mismo la exclusiva regulación de la actividad

tributaria por ley formal; b) el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, que alude a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas circunstancias; c) el de generalidad, que implica que no deben resultar afectadas con el tributo, personas o bienes determinados singularmente.

La Licda. Inés Ortega Samayoa nos brinda un tema de gran actualidad: MARCO REGULATORIO DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS EN EL ÁREA DEL QUESO Y EL VINO: UNA COMPARACIÓN ENTRE CHILE Y COSTA RICA. Nos comenta que, siendo las denominaciones de origen e indicaciones geográficas figuras jurídicas pertenecientes a la Propiedad Industrial, implican una forma de protección de los topónimos, referidas a elementos especiales en las que el origen geográfico de un producto le designa calidad, características o reputación determinadas. Estas figuras jurídicas poseen una amplia trayectoria histórica en Europa como instrumentos de protección de la calidad de los productos agroalimentarios en función de las características, reputación y elementos propios, debido esencialmente a su origen geográfico. En su exposición nos refiere la historia de las disposiciones europeas. Aborda seguidamente los casos chileno y costarricense. Analiza la significación del Acuerdo sobre los ADPIC, recordándonos que el concepto de indicación geográfica se consagró a nivel internacional cuando en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el comercio (ADPIC) se le reconoció como un elemento del Derecho de Propiedad Intelectual. Finalmente identifica las diferencias entre las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas y entre éstas y las marcas. Al comentar el tema de la titularidad de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas se refiere a su objeto y sujeto. Trata en particular los temas del queso y el vino.

LA PRUEBA TRASLADADA es el tema tratado por el M.Sc. Ronny José Durán Umaña, Magíster en Derecho Ambiental UCR, Egresado de programa Doctoral en Derecho; Universidad Escuela Libre, Juez Civil de San José y Juez Suplente del Tribunal de Casación Penal de Cartago. Inicia con una crítica a la admisión indiscriminada de la prueba recibida en un proceso y trasladada a otro, sin que hayan figurado como parte la persona contra quien se quiere hacer valer. Se concluye que no es necesario realizar una regulación normativa de la prueba trasladada si el juzgador asume el papel de garante del proceso y de los principios constitucionales. Sin embargo, en su criterio, la prueba trasladada es un instrumento válido siempre y cuando se observen los principios procesales y constitucionales como el contradictorio y la inmediatez; integrantes del debido proceso y que la persona contra quien se pretenda hacer valer haya figurado como parte en el proceso del cual se extrae la prueba, pues como lo ha establecido la Sala Primera: “al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere de ratificación y adquiere plena validez”

(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 606 de 16,10 hrs. del 7 de agosto del 2002).

Siempre en materia probatoria, el Licenciado Allan Arburola Valverde colabora con LA PRUEBA ILÍCITA O ESPÚREA EN MATERIA PENAL. En esta estudio se definen las pruebas ilícitas como aquellas que está expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad o libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan. (Devis Echandía, 1981, p. 539). El autor postula el principio que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma constitucional, aun cuando lo sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima como el quebrantamiento que la originó. La exclusión de la prueba abarca no sólo a la prueba en sí, sino la fruto de la misma. Desarrolla diversas doctrinas: La doctrina del árbol venenoso proyecta la invalidez a la prueba derivada del acto ilegal inicial. Como consecuencia del costo social que causó la doctrina del fruto del árbol venenoso, en la sociedad estadounidense, se comienza a introducir por parte de la Suprema Corte, alguna atenuantes a la regla surgiendo, así la excepción de la fuente independiente, que consiste en que si la fiscalía logra demostrar que la evidencia alegada como contaminada fue producto de una fuente independiente (obtenidas de otros medios distintos a los ilegales) la evidencia será admisible. Por su parte, la teoría del descubrimiento inevitable consiste en que si se demuestra que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto en forma casi inevitable de acuerdo con las investigaciones que ya se estaban llevando a cabo por parte de la policía, la evidencia es válida. Sobre la teoría de la supresión hipotética, afirma que, utilizando este instrumento de valoración de la prueba, se puede en cada caso, brindar una solución a la exclusión o no del material probatorio, obtenido aparentemente con vulneración de garantías constitucionales. Concluye diciendo: “No se trata de reconocer con plena eficacia a la prueba de descargo que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigía inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpado. De todas formas la inadmisibilidad de la prueba ilícita a favor del imputado, como excepción a la prohibición general de valoración, no justifica la utilización de determinados métodos prohibidos de investigación. No estamos refiriendo al narcoanálisis, hipnosis o detector de mentiras, son inadmisibles, aun en los casos de sometimiento voluntario o consentido del acusado”.

## SUMARIO

<b>Presentación</b>	
Dr. Víctor Pérez Vargas .....	3
<b>PERSPECTIVA JURÍDICA DE LAS INUNDACIONES</b>	
Dr. Virgilio Calvo Murillo .....	11
<b>EL CONTRATO LABORAL TRANSNACIONAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL</b>	
Raúl Marín Zamora.....	45
<b>DON JOSÉ SIMEÓN GUERRERO DE ARCOS Y CERVANTES, PRIMER PRESIDENTE DEL PODER JUDICIAL DE COSTA RICA</b>	
Dr. Jorge Francisco Sáenz Carbonell.....	55
<b>CONTROL INTERNO.- LA ADMINISTRACION DE RIESGOS</b>	
M.Sc. Ronaldo Hernández H.....	65
<b>DOCUMENTOS Y EVENTUALES CONTRADICCIONES DE ÉSTOS EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO</b>	
Lic. Jorge Murillo González .....	75
<b>ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL APLICABLES EN LA NUEVA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA</b>	
M.Sc. Mario Peña Chacón.....	95
<b>PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS</b>	
Lic. Luis Albán Arias S.....	139
<b>MARCO REGULATORIO DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS EN EL ÁREA DEL QUESO Y EL VINO: UNA COMPARACIÓN ENTRE CHILE Y COSTA RICA</b>	
Licda. Inés Ortega Samayoa.....	153
<b>LA PRUEBA TRASLADADA</b>	
M.Sc. Ronny José Durán Umaña.....	189
<b>LA PRUEBA ILÍCITA O ESPÚREA EN MATERIA PENAL</b>	
Allan Arburola Valverde .....	201

# PERSPECTIVA JURÍDICA DE LAS INUNDACIONES

*Dr. Virgilio Calvo Murillo*

## SUMARIO

### TÍTULO PRIMERO. NOCIONES INTRODUCTORIAS

#### I. INTRODUCCIÓN

- a. Generalidades
- b. Panorama de nuestro país: Derecho al agua

#### II. EL AGUA Y SUS CONNOTACIONES JURÍDICAS

- a. Enfoque del Derecho Civil
- b. Enfoque publicístico del agua
- c. El dominio público del agua

#### III. EL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

- a. Legislación e instituciones involucradas
- b. Conveniencia de la participación ciudadana en los planes hidrológicos ambientales

### TÍTULO SEGUNDO. LAS INUNDACIONES COMO PROBLEMA JURÍDICO

#### I. INTRODUCCIÓN

#### II. LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA SOBRE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

#### III. LAS INUNDACIONES COMO PROBLEMA JURÍDICO

- a. Introducción
- b. Hipótesis concretas de daños producidos por inundaciones
  - b.1. Existencia de plantaciones, obras dadas en concesión y necesidad de medidas de prevención
  - b.2. Hipótesis de conservación de cauces
  - b.3. Casos de construcción de obras y realización de trabajos públicos en ríos y cuencas
  - b.4. Hipótesis de inundaciones reiteradas, elevada magnitud de las lluvias y excepcionalidad de las condiciones climáticas

#### IV. LAS INUNDACIONES COMO PROBLEMA URBANÍSTICO

#### CONCLUSIONES

#### BIBLIOGRAFIA

# PERSPECTIVA JURÍDICA DE LAS INUNDACIONES

*Dr. Virgilio Calvo Murillo*

## TÍTULO PRIMERO NOCIONES INTRODUCTORIAS

### I. INTRODUCCIÓN

#### a. Generalidades

El agua, que como sabemos es un cuerpo que afecta en diversas formas la existencia de las personas, no ha tenido un interés correspondiente a su importancia por parte de la doctrina jurídica. En algunos casos es indispensable para la vida, mientras que en otros es factor de desastres naturales por las inundaciones que provoca.

Los siguientes datos claramente reflejan la necesidad de que la ciencia jurídica enfoque su interés en ella.

Informes técnicos de organismos internacionales dan cuenta que el preciado líquido cubre el 75% de la superficie del planeta Tierra, lo que equivale alrededor de 1,400 millones de metros cúbicos. De ese total, el 96% se encuentra en océanos y mares interiores, mientras únicamente el 2.5% es agua dulce. De este porcentaje únicamente el 1% es accesible para las actividades humanas, o sea, consumo humano, industria y agricultura. Ahondando más en cuanto a su ubicación, el 68% del porcentaje de agua

dulce corresponde a agua en estado de congelación en los polos y, alrededor del 30% se encuentra en el subsuelo.

Las estadísticas señalan que en la Antártida se almacena el 70% del agua dulce del planeta, a pesar de que no existen ríos ni lagos y que el promedio de precipitación anual oscila entre 101 a 152 milímetros (similar al de la zona más seca del Sahara). También se da cuenta de dos amenazas existentes sobre esa zona del planeta, como son el efecto del cambio climático, en cuanto el aumento de la temperatura incrementa el deshielo y, los grandes yacimientos de petróleo, uranio, cobre, carbón y oro, los que al ser explotados significarán una alteración en el equilibrio económico de la zona y del planeta en general.

El pequeño porcentaje de agua dulce, en relación con la totalidad del terreno cubierto por dicho líquido en nuestro planeta, evidencia el problema de la escasez económica del mismo. Esta puede darse por ausencia de infraestructura para proveer el líquido a las personas, lo que según los datos de los organismos citados puede alcanzar a 1,600 millones de personas en todo el mundo. Se habla también de escasez física como la que se refiere a la limitación para consumo humano, riego, industria y recreación.

Finalmente se habla de falta de disponibilidad de agua de buena calidad, originada en la contaminación que provoca el desarrollo de la población, el incremento de la industria y la ausencia de tratamiento de aguas residuales.

El desarrollo de las ciudades cubre los terrenos inicialmente agrícolas, lo que significa poner en peligro los acuíferos y, a la vez produce deforestación y erosión del suelo.

Únicamente el 30% del agua que sirve a nuestras ciudades sirve al uso doméstico, que requiere un alto grado de pureza. Así, tanto la agricultura como la industria deben aprovechar los depósitos existentes para captar agua llovida y, de igual manera el agua reciclada.

Como lógica consecuencia, debe aprovecharse el agua no potable en edificios y comunidades, lo que se logra simplificando la tecnología y los sistemas de operación<sup>1</sup>.

Corolario del problema de la escasez, es la estimación que para el año 2025 tendrán serios problemas alrededor de 5,500 millones de personas<sup>2</sup>.

En este punto en España<sup>3</sup> se presenta una modalidad interesante en la Isla de Tenerife. En razón del escaso recurso hídrico y la creciente demanda del mismo, se ha cubierto la necesidad a través de la provisión de aguas subterráneas. La empresa privada ha colaborado a través de la construcción de una importante red de cañerías y el organismo autónomo existente para los fines de proveer el líquido, aporta éste. Dado que explorar resulta oneroso, la empresa privada ha invertido en el servicio de provisión del líquido. Así las cosas los inversionistas resultan propietarios de parte del caudal logrado, por lo que el agua pertenece a éstos y no a la comunidad; de igual manera los particulares pueden decidir el destino de su cuota de participación y, estos pueden vender no solo el líquido sino también los títulos de participación en las comunidades de aguas.

Aparece así el denominado “Mercado de Acciones del Agua”; donde se negocia la propiedad de los títulos de las comunidades y el arrendamiento o compraventa de agua a terceros.

El denominado “Mercado de agua” propiamente dicho igualmente llamado

1. MACDONALD (Kathy), Cuidando el agua, Grupo Cerca, Revista Construir No. 88, Diciembre 2010-Enero 2011, San José, Costa Rica, Pág. 38.
2. PEÑA CHACÓN (Mario), Gestión integrada del Recurso Hídrico en la Legislación Costarricense, Editorial de Investigaciones Jurídicas, San José, marzo del 2008, página 23.
3. NAVARRO CABALLERO, (Teresa), El Derecho de Agua de Canarias. Especial Consideración de los Heredamientos y de las Comunidades de Aguas Insulares. Revista de la Administración Pública No. 175, Centro de Estudios Políticos, Madrid, Enero-Abril 2008, Pág. 399.

arrendamiento de agua, para distinguirlo de la compraventa de acciones, puede realizarse a través de un contrato de adquisición de agua por período de un año o más tiempo. El interesado en adquirir cantidades de agua lo solicita a un intermediario, quien a su vez ha realizado un acuerdo de aprovisionamiento con las comunidades dueñas del líquido. Los municipios pueden igualmente participar de este tipo de negocio, ya que lo que se quiere es ordenar el uso del líquido. Se critica que finalmente el principal criterio tomado en cuenta es la capacidad económica de los compradores y vendedores. Sin embargo, a favor de la existencia de este tipo de mercado se indica que se trata de lograr soluciones a problemas de gestión del agua y, que la iniciativa privada involucrada en el mismo es más adecuada y eficiente que la habitual gestión pública del recurso.

No obstante las bondades que pudiera significar el sistema descrito, la realidad ha demostrado escasa competencia y poca transparencia de los mercados del agua, lo que ha generado la desconfianza en el sistema por parte de los usuarios del servicio.

#### **b. Panorama de nuestro país: Derecho al agua**

Nuestro país acusa problemas de gobernabilidad del líquido, tanto en su

distribución como en su calidad. Actualmente impera el criterio de la necesidad del manejo integrado de los recursos hídricos, como proceso que relacione objetivos políticos, sociales, económicos y ambientales, en cuanto a la regulación y distribución del líquido a la colectividad.

La gestión del recurso hídrico debe iniciarse con una modernización de la legislación existente y, con la regulación y obligatoriedad de tratar las aguas residuales, porque las informaciones dan cuenta que el 96% de las aguas residuales en nuestro país no reciben ningún tratamiento.

El mal funcionamiento de las entidades públicas encargadas de gestionar el recurso hídrico se evidenció en el informe de la Contraloría General de la República No. DFOE-PGA-42-2007. Un hecho claro es que el MINAET, como organismo rector, no ha realizado adecuadamente su labor y, los criterios técnicos pocas veces son tomados en cuenta, lo que agrava la situación existente.

El Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos ha propuesto que el Estado industrialice el agua y la venda para financiar la construcción de acueductos e invertir en la desalinización de las zonas costeras que es donde el desarrollo turístico de alto nivel requiere garantías hídricas sostenibles<sup>4</sup>.

4. ARTAVIA (Betania), Informe noticioso: Falta coordinación entre instituciones estatales, Diario Extra, San José, Costa Rica, 21 de mayo del 2010.



Nuestra jurisprudencia constitucional no ha sido ajena al tema de la protección del agua. No solo ha reconocido el derecho al agua como un derecho fundamental, sino que ha vislumbrado la necesidad de realizar esfuerzos serios para que la población pueda disfrutarla, unido al deber de las instituciones públicas de hacer uso responsable y adecuado del recurso. Su uso agrega la Sala es para necesidades personales y domésticas, agricultura de subsistencia y comunidades marginadas. Debe suministrarse en cantidad y calidad suficiente para los fines indicados y para la evacuación de las aguas residuales. La Sala Constitucional ha insistido en clarificar el marco normativo de protección, las instituciones que conforman el sector hídrico con la precisión clara de cada una de las competencias y, la trascendencia que conlleva una actuación eficiente y eficaz en materia de aprovechamiento y protección del recurso<sup>5</sup>.

La existencia o no de agua determina en los casos de la agricultura, el precio de los terrenos. En este contexto el valor de los mismos dependerá de la mayor o menor cantidad de líquido con que el terreno cuenta y, de la índole de las necesidades que deba satisfacer. Esto se aprecia más claramente, en los casos de irrigación de terrenos, donde la existencia de líquido supondrá un mejor precio y a la inversa.

En nuestro país la Ley de Planificación Urbana (artículos 32, 36.a, 38.a, 38 segundo párrafo, 57, 58.3) y el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones (Capítulo I, Generalidades, 1.5) realizan un desarrollo jurídico, del cual se puede concluir la obligación de dotar de agua a los fraccionamientos y urbanizaciones que se realicen, con la consideración de que este es un requisito considerado indispensable, por lo que su incumplimiento acarrea responsabilidades para el empresario.

El artículo 32 establece la obligación del Reglamento citado de incluir y puntualizar dentro de las condiciones y requisitos para fraccionar y urbanizar, lo relativo a cañerías, con lo que implícitamente tiene como una condición la existencia del agua para el desarrollo respectivo.

El artículo 36 inciso a) establece la obligación de negar el visado municipal a los planos de fraccionamientos que se presenten carentes de servicios indispensables; uno de los cuales es el agua, deducción que cae por sí sola.

El artículo 38 inciso a) establece la obligación de negar permisos para urbanizar cuando el proyecto no satisfaga las normas mínimas, entre las que está la aprobación de planos por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, de igual manera cuando

5. SALA CONSTITUCIONAL, voto No. 1923-2004, de las 14:55 horas del 25 de febrero del 2004; voto No. 14092-2008 de las 9:28 horas del 23 de setiembre del 2008; voto No. 6922-2010 de las 14:35 horas del 16 de abril del 2010.

el área a urbanizar está fuera del límite zonificado y carezca de servicios públicos. El artículo 57 prohíbe realizar obras de construcción contra lo prescrito en leyes y reglamentos.

El artículo 58 inciso 3 prohíbe a las Municipalidades autorizar obras de construcción, en el caso de fundos sin requisitos de urbanización.

Finalmente, el Reglamento citado indica que el desarrollo de terrenos, sea por fraccionamiento o urbanización, será permitido siempre que los lotes puedan disponer de servicios indispensables.

## II. EL AGUA Y SUS CONNOTACIONES JURÍDICAS

### a. Enfoque del Derecho Civil

Desde el punto de vista del Código Civil (artículo 253) el agua es una cosa corporal a la que se le asigna un valor determinado.

La doctrina privatista con interesantes argumentos, se ha dado a la tarea de establecer el carácter de bien mueble o inmueble de este líquido.

Los artículos 254 y 255 del Código Civil determinan los inmuebles por naturaleza y por disposición de ley, fundamentalmente sobre la base de adherencia a la tierra de una manera fija y permanente. Con criterio

excluyente, el artículo 256 define los bienes muebles como las cosas no comprendidas en los artículos anteriores.

Sobre la base de establecer los diversos estados del agua y las situaciones en que pueda encontrarse, podría válidamente concluirse que en algunos casos se trata de bienes muebles y, en otros de bienes inmuebles por naturaleza o por accesión.

Se trata de bienes **inmuebles por naturaleza**, cuando de conformidad con el artículo 254 del Código citado, forma parte integrante del suelo (caso de ríos y lagos). La hipótesis de **inmueble por accesión**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 505 del Código dicho, se presenta cuando existen conductos artificiales (por ejemplo cañerías), o se encuentran depositadas o almacenadas (por ejemplo en estanques). En este caso, se da una adherencia a la tierra como lo prescriben los artículos 254, 255 y 505 citados.

Se trataría de cosas muebles cuando se encuentren separadas del suelo, por ejemplo por haber sido extraídas de un río o de un lago (artículo 256).

La anterior conclusión se fundamenta en disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico civil y sobre todo, se origina en situaciones reales de acaecimiento frecuente.

Para concluir este apartado interesa referirse a la situación de las denominadas aguas

pluviales, o sea las que proceden inmediata o mediatamente de las lluvias, conserven su individualidad y puedan ser determinadas.

El artículo 4 inciso a) de la Ley de Aguas<sup>6</sup> determina el dominio privado de las mismas mientras discurren por una propiedad determinada. En consecuencia, será agua pluvial y pertenecerá al dueño del terreno no sólo la que caiga directamente en su propiedad, sino la que llegue a la misma por inclinación natural del terreno, incluso después de haber recorrido propiedades intermedias.

El fundamento de esta conclusión es nuevamente la figura de la accesión, en tanto el propietario del inmueble que se beneficia de las mismas no debe realizar esfuerzo alguno; hipótesis que sería válida tanto para las aguas que corran por el inmueble como para aquéllas que se estanquen en el mismo, de conformidad con lo indicado en el artículo 505 del Código Civil.

De igual manera, si las aguas pluviales discurren o se estancan por terrenos de dominio público, llegarían a tener igualmente ese calificativo, lo que avala la disposición del inciso X) del artículo 1 de la Ley de Aguas.

#### **b. Enfoque publicístico del agua**

Desde la perspectiva pública se ha dado un interesante desarrollo del tema hasta llegar

al día de hoy a considerar la existencia de un Derecho Internacional del Agua, tal y como a continuación paso a exponer.

- En el año 1966 se introduce el concepto de cuenca hidrográfica internacional, como un nuevo enfoque de la utilización del recurso hídrico;
- En 1970 la Asamblea General de la ONU encarga la codificación del Derecho Internacional aplicable a las cuencas hidrográficas;
- En 1974 la Organización de las Naciones Unidas define los recursos naturales, incluyendo dentro de los mismos al agua y enfatizando la necesidad de un manejo integrado;
- En 1992 la denominada Declaración de Dublin estableció; **(a)** que el agua dulce es un recurso finito y vulnerable; **(b)** que su aprovechamiento y gestión debe hacerse con la participación de los usuarios; **(c)** que la mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento y protección del agua; y, **(d)** que ésta tiene un valor económico, con lo que se le reconoce la calidad de bien económico a la misma;
- En 1993 la ONU, en la denominada Conferencia de Río de Janeiro, se

6. Ley de Aguas, Ley No. 276 del 27 de agosto de 1942.

refiere al agua dulce, y a la obligación de mantener el suministro de buena calidad;

- En 1997 la Unión Mundial para la Naturaleza estableció el manejo integrado y sostenible del agua dulce; lo que reiteró en conferencias internacionales celebradas en los años 2001 y 2002, relativas al desarrollo sostenible, como antídoto contra la pobreza y con el fin de obtener la seguridad alimentaria, un ambiente sano y sostenible y una mejora en las condiciones de salud;
- Finalmente en el año 2002 la ONU estableció que el derecho humano al agua es indispensable para una vida con dignidad humana y prerrequisito para la realización de otros derechos humanos.

La doctrina italiana ha acuñado el término vínculo hidrogeológico, para referirse a las superficies de terrenos degradadas, las que son objeto de operaciones técnicas tendientes a minimizar la degradación y a reconstituir las condiciones físicas necesarias.

Desde la perspectiva jurídica se trata de una programación en cuanto inicialmente individualiza las zonas degradadas y, posteriormente, establece los actos correctivos necesarios. Estos consisten en rectificaciones, construcción de diques,

canales y otras obras necesarias para la regulación de las aguas. El vínculo en comentario, comporta por un lado realizaciones referentes a infraestructura que se realizan por parte de los poderes públicos y por el otro, imposición de obligaciones de transformación para los particulares<sup>7</sup>.

#### **c. El dominio público del agua**

Actualmente existe una clara tendencia mundial a considerar el agua como parte del dominio público del Estado, en razón de su naturaleza que es parte de la concepción de demanialidad. Ejemplo positivo de este criterio, es la denominada "Carta del Agua" aprobada por el Consejo de Europa en mayo de 1968 y el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La protección del líquido se amplía también a las reservas del mismo y, el artículo 31 de la Ley de Aguas exige la protección no solo de las áreas de descarga y recarga de las aguas, sino también de la protección de la capa forestal, sobre la base de lograr una política concreta que controle el uso del suelo.

Específicamente dentro de la connotación constitucional, el agua se considera un derecho humano que debe ser respetado por el Estado y la sociedad. La Sala Constitucional

7. GIANNINI (Massimo Severo), **Diritto Pubblico dell'Economia**, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1977, páginas 113 y 114.

ha derivado el mismo del derecho a una calidad de vida adecuada, del derecho a la salud, la vida, al medio ambiente sano y a la alimentación y vivienda digna. Considera la Sala que los tratados internacionales relativos a medio ambiente y derechos humanos sirven de fundamento directo, lo que supone la posibilidad para cualquier sujeto de exigir su aplicación, sobre la base de la amplia legitimación reconocida en el artículo 50<sup>8</sup>.

Dentro del mismo orden de ideas interesa comentar la sentencia de la Sala Primera No. 175 del 19 de febrero del 2009, que además de establecer la condición de bienes de dominio público de las aguas de los ríos, estableció la definición de conceptos referentes a los mismos. Indicó que “lecho mayor” del río es el cauce del mismo cubierto por agua en época de máximo caudal anual, o sea la zona que se inunda todos los años; “cauce” es el lugar concreto por el que transcurre y normalmente es sinónimo de “lecho” del río, aunque incluye también las aguas subterráneas; “lecho menor” es el cauce por el que corre el agua en época de estiaje. “Lecho mayor esporádico” es la zona de inundación de un río en las grandes crecidas. Finalmente, la resolución de comentario indicó que el concepto “lecho del río” está compuesto por los cuatro elementos ya señalados.

### III. EL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

#### a. Legislación e instituciones involucradas

Existe un grupo de instituciones gubernamentales que tienen obligaciones en materia de ejercicio y protección de las aguas.

En la Administración central, el Ministerio de Ambiente y Energía a través de sus órganos el Departamento de Aguas y el órgano Asesor de Aguas, debe determinar los usos, aprovechamientos e identificar la naturaleza de los cursos de agua a través de los inspectores del Departamento de Aguas y del Inspector Cantonal de Aguas. La Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) debe evaluar los estudios de impacto ambiental en lo concerniente a actividades humanas previamente definidas.

El artículo 17 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre<sup>9</sup>, atribuye el Ministerio de cita la coordinación de acciones en programas de conservación de aguas para lograr el aprovechamiento sostenible de la vida silvestre.

Finalmente, debe citarse el rol importante que cumple este Ministerio en el control

8. SALA CONSTITUCIONAL, votos No. 4654-2003, de las 15:44 horas del 27 de mayo del 2003 y, No. 1923-2004, de las 14:55 horas del 25 de febrero del 2004. Este último en relación a las aguas subterráneas.

9. Ley de Conservación Vida Silvestre, Ley No. 7317 del 21 de octubre de 1992.

del aprovechamiento y uso de las aguas subterráneas.

El Ministerio de Salud de conformidad con la Ley General de Salud<sup>10</sup> debe conservar y mejorar el medio ambiente en relación con la protección a la misma; y dentro de sus funciones es de suma importancia la aprobación de proyectos urbanísticos en tanto se refieran a la implementación de sistemas de eliminación de excretas, aguas negras, servidas y pluviales.

El Ministerio de Agricultura y Ganadería, con base en la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos<sup>11</sup>, le impone en materia de aguas el deber de coordinar con SENARA y cualquier otra institución involucrada tanto las investigaciones hidrológicas, hidrogeológicas y agrológicas en las cuencas hidrográficas del país, así como en la conservación y protección de los suelos de las mismas.

En la Administración descentralizada el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, a través de su ley constitutiva<sup>12</sup>, al que le corresponde proveer de un servicio adecuado de agua

potable, recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos y de aguas pluviales en las áreas urbanas; la conservación de las cuencas hidrográficas, el control de contaminación de los recursos de agua y el aprovechamiento y utilización de las aguas de dominio público, entre otros.

La Ley de Agua Potable<sup>13</sup> obliga al Instituto al cumplimiento de la misma, lo que le supone entre otras competencias las de proteger las fuentes de abastecimiento tales como manantiales o nacientes y, localizar las aguas destinadas al servicio de cañería.

La Ley Forestal<sup>14</sup>, en asocio con el INVU, le impone la obligación de realizar alineamientos en las áreas de protección.

El Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA), a través de su ley de creación<sup>15</sup>, le asigna competencia no sólo en materia de distritos de riego, avenamiento y control de inundaciones sino en materia de aguas subterráneas, proteger y fomentar el uso de recursos hídricos y, por supuesto la de eliminación de contaminación de las aguas en los distritos de riego.

10. Ley General de Salud, Ley No. 5395 del 30 de octubre de 1973.

11. Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, Ley No. 7779 del 30 de abril de 1998.

12. Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Ley No. 2726 del 14 de abril de 1961.

13. Ley de Agua Potable, Ley. 1634 del 18 de setiembre de 1953.

14. Ley Forestal, Ley No. 7575 del 13 de febrero de 1996.

15. Ley de Creación del SENARA, Ley No. 6877 del 18 de julio de 1983.

Al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU), según cometido establecido en la Ley Forestal, conjuntamente con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, le corresponde establecer los alineamientos de las áreas de protección y entre ellos, los que bordean las nacientes permanentes, las de recarga y los acuíferos de manantiales.

A las Municipalidades les corresponde un importante papel en la protección y conservación de aguas subterráneas y de las aguas en general. Esa labor la realizan a través de los inspectores municipales y contralorías ambientales, por las que pueden dictar actos administrativos.

Los entes municipales deben regular a través de los planes reguladores y los reglamentos de zonificación las actividades humanas en las áreas reservadas en razón de ubicarse en ellas un manto acuífero o un área de recarga o descarga. En estos casos, los habitantes de esas áreas protegidas deberán sufrir una limitación en cuanto al uso y aprovechamiento del suelo y de las aguas ahí existentes.

#### **b. Conveniencia de la participación ciudadana en los planes hidrológicos ambientales**

La doctrina jurídica ha puesto de manifiesto la necesidad de que la población se involucre en problemas tan cercanos a su acontecer como es el caso de los planes hidrológicos ambientales. La doctrina española que se ha ocupado del tema<sup>16</sup> ha analizado una directiva marco existente en ese país, la que se ha dado sobre la base de las directrices del Convenio de Aarhus, relativo a la participación pública. Al respecto ha establecido tres pasos a seguir: **(1)** plazos razonables para informar al público y para que este se prepare y participe efectivamente en la discusión de los proyectos; **(2)** necesidad de que la participación sea desde el inicio del procedimiento; **(3)** los resultados de la participación pública deben ser tomados en cuenta al momento de tomar las decisiones sobre las determinaciones de los planes hidrológicos.

En nuestro medio, la Sala Constitucional ha evidenciado la importancia de la participación

16. PALLARES SERRANO (Anna), La participación pública en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente. Especial referencia a los planes hidrológicos de Cuenca, Revista de Administración Pública No. 176, Mayo-Agosto del 2008, Madrid, España, Pág. 350 y 351.

## **TÍTULO SEGUNDO LAS INUNDACIONES COMO PROBLEMA JURÍDICO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

ciudadana, desde dos perspectivas esenciales: **(a)** derecho a una información relativa a materia ambiental o a aquella que pueda causar lesión a los recursos naturales o al medio ambiente y, **(b)** garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones en los puntos citados. En este punto debe citarse la resolución 10466-2001, en la que se establece la obligación del Estado de invitar, promover y respetar la participación de los ciudadanos<sup>17</sup>.

La legislación<sup>18</sup> que tiene su fundamento en el principio democrático consagrado en el artículo primero de la Constitución Política es una forma de expresión de la democracia participativa y, un importante derecho para los administrados.

La garantía en estudio cobra importancia en la utilización del recurso hídrico y, la Sala<sup>19</sup> ha indicado que resulta inconstitucional cualquier medida que por intereses patrimoniales o de otra índole impidan a una comunidad determinada acceder al agua para la satisfacción de sus necesidades, por lo que cualquier medida que impida el acceso al agua de una comunidad, existiendo las condiciones para ello, resulta violatoria de los derechos constitucionales de los administrados.

Así como el agua es factor indispensable para la vida humana, en ocasiones da origen a desastres naturales, causantes de pérdidas de vidas humanas y de ingentes daños económicos a la colectividad.

Estimaciones realizadas por el Ministerio de Planificación, dan cuenta que en los últimos 20 años las inundaciones han generado pérdidas por alrededor de \$2,000,000,000.00; lo que además ha hecho ver la necesidad de implementar un sistema de gestión de riesgos como instrumento necesario para enfrentar ese problema.

Con el fin de hacer efectivo el plan indicado, se han señalado dos puntos como parte imprescindible de su implementación. Me refiero a la destinación de recursos para la investigación científica sobre desastres y a un eficiente ordenamiento territorial.

17. En el mismo sentido las resoluciones No. 8319-2000 y 2233-1993.

18. Ley Orgánica del Ambiente, Ley No. 7554 del 4 de octubre de 1996, artículos 6 y 23; y Ley de Planificación Urbana, Ley No. 4240 del 15 de noviembre de 1968, artículo 17.

19. SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 5217-2001 de las 10:13 horas del 15 de junio del 2001.

Es necesario también que las obras que se construyan no tengan los problemas de vulnerabilidad demostrados a raíz de las inundaciones; y, en forma concomitante que no se otorguen permisos de construcción ni se permitan éstas en zonas de alta vulnerabilidad evidenciadas a raíz de los desastres naturales. Esta situación se ve beneficiada por la ausencia de planes reguladores, pues actualmente solo 19 cantones del Gran Área Metropolitana cuentan con ese instrumento y, algunos no comprenden todo el cantón sino simplemente distritos del mismo o se encuentran desactualizados.

Lo dicho se expone en su verdadera trascendencia si apreciamos lo que se indica en el XVI Informe del Estado de la Nación, en el sentido de que en los primeros diez meses del año 2010 existieron 505 eventos estimados como productores de desastres naturales.

En el período 1988-2009 los eventos hidrometeorológicos representaron el 82.9% de los eventos provocadores de daños, lo que significó un total de 34 desastres. De estos, treinta y dos corresponden a exceso de precipitación lluviosa. Estos mismos fenómenos significaron un 63.7% del monto global de las pérdidas sufridas por desastres naturales y, específicamente, el exceso de precipitaciones provocó pérdidas

por mil cincuenta y tres millones de dólares equivalentes al 57.8% por ciento del total<sup>20</sup>.

Los datos anteriores significan que en los últimos años, gran parte de la inversión pública se ha destinado a reponer el capital físico destruido por fenómenos extremos

En el año 2010 se dieron dos acontecimientos especialmente impactantes en nuestro país: a finales de setiembre la tormenta Nicole dejó pérdidas que únicamente en el sector agropecuario se calcularon en alrededor de seis mil quinientos millones de colones. Y a inicios de noviembre, la tormenta Tomas dejó pérdidas de alrededor de dieciséis mil quinientos millones de colones, de los cuales alrededor de quince mil millones correspondieron al sector agropecuario.

No obstante que el artículo 45 constitucional no se refiere de modo concreto a las emergencias producto de catástrofes naturales, conforme a los principios constitucionales enumerados por la Sala Constitucional y dentro de una interpretación finalista de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención de Riesgos, parece necesario incluir las situaciones derivadas de los desastres naturales, dentro de la excepcionalidad de la normativa indicada, en razón que de no ser así se le demora injustificadamente a los propietarios afectados los pagos necesarios para hacer frente a esa situación.

20. ALFARO MAIKALL (LAURA), **Los desastres naturales en Costa Rica**, artículo de opinión publicado en el Periódico La Nación del 20 de febrero del 2011, página 24-A.

Anualmente en nuestro país tenemos una temporada de verano de alrededor de 4 meses, lo que debiera significar que los organismos respectivos tomen acciones tendientes a evitar o disminuir el efecto de las inundaciones y detectar las zonas más vulnerables. Deben construirse obras que protejan como es el caso de los diques o, invertir en tecnología que permita predecir el lugar donde se presentarán los fenómenos; debe igualmente atenderse las deficiencias en el alcantarillado y crear conciencia entre la población sobre los peligros de crecidas. Todos estos hechos debieran significar el mínimo de preparación para la temporada lluviosa tan frecuente en nuestro país.

La doctrina científica enseña que el bosque en su condición natural sirve para conservar el suelo. La tala indiscriminada de árboles causa alteración en los caudales hidrográficos y afecta la calidad del agua.

La desaparición de la cubierta forestal que protege el suelo y las especies de hierbas en cuencas, causa erosión, pérdidas de agua y el humus vegetal; estas circunstancias unidas al arrastre de minerales y nutrientes hacia el mar hace que estos no se recuperen.

En los terrenos dañados por quemas y con poca cantidad de humus por la falta de árboles, el agua no penetra en el suelo por

su falta de porosidad, lo que permite que discurra incontroladamente provocando las inundaciones en épocas de alta densidad de lluvias. Esta agua es adicionalmente lodosa y de muy baja calidad, lo que causa sedimentación en las represas de plantas eléctricas y aumenta los costos de limpieza de aguas para uso potable.

El panorama científico descrito da lugar como fácilmente puede concluirse, no solo a la escasez de agua suficiente para el consumo humano y agrícola en épocas de sequía durante el verano, sino a las inundaciones que provocan desastres naturales originados en las lluvias que se producen en la temporada de invierno.

## II. LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA SOBRE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Nuestra legislación a nivel constitucional, artículos 9, 11, 18, 33, 41, 45, 49, 50, 74, 148, 150, 154, 166 y 188<sup>21</sup>, y a nivel legal a partir de la Ley General de la Administración Pública, se ha visto fortificada por un importante sistema de responsabilidad estatal.

Resulta emblemático el artículo 190 de dicha Ley, que establece la responsabilidad de la Administración por conducta normal o anormal, legítima o ilegítima, con la excepción

21. SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 5207-2004, de las 14:55 horas del 18 de mayo del 2004.

exclusiva de las hipótesis de fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero.

El ilustre tratadista Eduardo Ortíz Ortíz<sup>22</sup> nos indica que actualmente hay una clara tendencia en la doctrina a favor del ofendido o sea la víctima, en razón de encontrarse en una situación de minusvalía en relación con el aparato administrativo. Señala que a través de la teoría de la culpa se da una desviación hacia el castigo, pero que a través de la teoría del riesgo y la igualdad podría darse una desviación en contra de la Administración, lo que resulta inconveniente en razón de la necesidad de un eficaz funcionamiento de esta. Por tanto, se dan dos limitaciones a la doctrina del riesgo de la igualdad ante la Ley que resultan razonables para lograr el equilibrio debido. Se trata del tipo de bien jurídico dañado, cuya inexistencia determinaría la imposibilidad de la lesión resarcible; y de las causas de justificación de la Administración cuya aparición determinaría la no antijuridicidad de esa lesión.

Hoy la tendencia –agrega don Eduardo– es a estimar que el bien protegido por la responsabilidad civil es la integridad de la esfera jurídica del ofendido y, quien más claramente ha establecido este criterio es el tratadista español García de Enterría, que ha indicado que lo importante para él

es que la lesión sea antijurídica, no que lo sean la conducta o el hecho generadores. Así, el daño se convierte en lesión cuando se ocasiona a quien no está jurídicamente obligado a soportarlo y solo lo estará cuando haya un título específico que lo obligue a ello.

Consecuentemente la causa de justificación es la causa central del sistema, en tanto existirá responsabilidad si no existe causa de justificación y, a la inversa no se dará aquella si existe esta.

Reviste importancia el aspecto del nexo causal. La relación de causalidad resulta necesaria para realizar el juicio de imputabilidad; por lo que para resultar indemnizado el daño debe ser imputado a persona distinta de la víctima, y así la causalidad actúa como presupuesto de la imputabilidad.

En un sistema como el nuestro fundado en la responsabilidad objetiva establecida en el artículo 190 de la Ley General, la relación causal cobra más importancia en cuanto denota la irrelevancia de la culpa para la imputación a la Administración del hecho lesivo.

Don Eduardo Ortíz<sup>23</sup> hace ver que la víctima podrá probar más fácilmente la relación de causalidad, porque solo deberá probar que el

daño se originó en horas y lugar de trabajo o con los instrumentos generados por el trabajo oficial del agente; por lo que entonces, lo que resulta necesario será la prueba que el daño proviene de la organización de esta.

Sin embargo, resulta necesario establecer que la simple falta de actividad o inercia administrativa por sí misma no es constitutiva del nexo causal requerido para establecer la responsabilidad. Para configurar esta, debe realizarse un minucioso examen que establezca el daño como consecuencia de una falta de diligencia o negligencia de la Administración.

Resulta también importante referirse a la denominada “causa adecuada de la lesión”, como aquel antecedente de hecho que en forma directa produjo el daño inferido. En este sentido, deben desecharse los hechos no directamente constitutivos de la situación dañosa e incluso, incorporar solo los que de no haberse presentado se hubiera evitado el daño. Del examen indicado igualmente resultarán cuáles causas no fueron determinantes para causar el daño, las que deberán excluirse como parte de la relación causal.

En este punto la jurisprudencia<sup>24</sup> resulta conteste con los criterios emitidos y reiteró que no toda inacción genera responsabilidad, sino únicamente la que sea causa directa de la lesión inferida.

Nuestra ley establece como eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero. Sobre este mismo aspecto la Sala Primera<sup>25</sup> hizo ver que no basta la producción de un daño para indemnizar, sino que este se origine en una conducta positiva u omisiva que sea dolosa o culposa, que exista motivo para atribuir esa conducta a un sujeto, pues si no existe enlace entre daño con acción u omisión y un centro jurídico de imputabilidad, habrá daño pero no obligación de indemnizar.

La fuerza mayor tiene como notas la imprevisibilidad o bien la previsibilidad pero inevitabilidad o irresistible y responde a hechos naturales extraños al campo en que produce sus efectos<sup>26</sup>. Su acaecimiento es suficiente para destruir el vínculo causal.

La culpa de la víctima supone la existencia de una falta, imprudencia o negligencia provenientes de la propia víctima y, en

22. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Expropiación y responsabilidad pública, Litografía e Imprenta LIL, San José, Costa Rica, 1996, Pág. 83.

23. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Ob. Cit, Pág. 93-94.

24. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución No. 252F-01 de las 16:15 horas del 28 de marzo del 2001.

25. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución No. 263 de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990.

26. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA, resolución No. 319-2001, de las 11:00 horas del 12 de octubre del 2001.

criterio de nuestro ilustre tratadista don Víctor Pérez<sup>27</sup> su justificación está en que la víctima no puede pretender encontrar una causa de reparación en su propia culpa, por lo que se da una total autorresponsabilidad.

La culpa de la víctima exige una actuación negligente o de imprudencia inexcusable, por lo que produce la propia lesión sufrida por el o al menos se coloca en posición adecuada para producirla.

El hecho de tercero ha sido definido por la Sala Constitucional<sup>28</sup>, como el producido por la acción u omisión de un sujeto totalmente ajeno a la relación triangular Administración-funcionario-afectado.

La Sala Primera<sup>29</sup> ha indicado la posibilidad de que los eximientes se den parcialmente. Así, se exime de la obligación de indemnizar en los casos de concurrencia de responsabilidades, donde a la par de un posible eximente existe lesión inferida los que conjuntamente propiciaron el daño.

El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública acarrea responsabilidad a la Administración por conducta lícita y funcionamiento normal.

Conviene precisar que conducta lícita hace relación a que se actúa conforme al ordenamiento jurídico, mientras que funcionamiento normal se refiere a actuación conforme a normas de buena administración que hacen ver la prestación de un servicio en condiciones de eficiencia. O sea, se refiere al funcionamiento propiamente tal de la Administración.

Caso contrario, se trata de casos en los que la emisión de leyes o reglamentos generan daño a los administrados<sup>29</sup>.

Directamente relacionado con el punto en estudio se encuentran la especialidad y la anormalidad del daño inferido. En cuanto al primero cobra importancia el número de afectados y la magnitud o proporción del daño causado.

Los conceptos “pequeña proporción de afectados” e “intensidad excepcional de la lesión” concurren a definir la especialidad indicada.

Don Eduardo Ortíz<sup>30</sup> dice que la especialidad es requisito que el daño ha de reunir para ser indemnizable, salvo situaciones de excepción como es el caso de extrema severidad y que

27. PEREZ VARGAS (Víctor), Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, INS, San José, 1984, Pág. 90.

28. SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 584-2005 de las 17:35 horas del 25 de enero del 2005.

29. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 607-F-2002, de las 16:15 horas del 7 de agosto del 2002.

30. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 54, de las 17:00 horas del 12 de julio de 1989.

deben determinarse caso por caso, ocasiones en las que habría que resarcir aún si el daño fuera general o colectivo.

Cobra relevancia determinar la posible relación entre frecuencia del daño con especialidad del mismo. Así, la producción frecuente del mismo no le resta el carácter especial, aunque tampoco puede concluirse que la producción frecuente siempre sea especial.

La anormalidad del daño refuerza el carácter de especialidad indicado y así, un daño anormal porque por ejemplo suponga una actuación desproporcionada o desigual en detrimento de unos pocos frente a la colectividad, dará como consecuencia que la lesión inferida resulte especial, ya que en el fondo resulta un sacrificio excesivo de unos pocos de lo que resultará un beneficio para el conjunto de la comunidad, que es lo que se conoce como el “principio de igualdad ante las cargas y beneficios públicos”.

Don Eduardo Ortiz<sup>31</sup> indica que la anormalidad del daño debe serlo por su causa, sea en si mismo, por amplitud, intensidad o trascendencia. Agrega que la anormalidad no significa necesariamente traspaso de bienes al Estado, ni siquiera acto jurídico alguno dirigido a producirlo, ya que las denominadas

potestades ablatorias se dan más por la extinción de derechos e intereses que por su transmisión o creación.

Finalmente, conviene indicar de acuerdo a nuestra Ley General que la conducta ilícita surge de las funciones desempeñadas con ocasión del cargo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece la Administración, aún cuando sean para fines, actividades o actos extraños a dicha misión (artículo 199).

En cuanto al funcionamiento anormal el mismo se ha referido al que es antijurídico en si mismo con independencia de su resultado, lo que supone violación de normas jurídicas y técnicas y reglas de prudencia que consecuentemente acarrea resultados inesperados que resultan contradictorios con el público perseguido. Así, habría anormalidad por funcionamiento cuando el servicio actuó mal, tardíamente o dejó de hacerlo, por lo que se aprecian resultados inesperados disconformes totalmente con el fin público establecido por ley. La hipótesis de anormalidad por resultado se presenta en el evento en que aún existiendo regularidad en el procedimiento y la actuación administrativa, se producen resultados inesperados que acarrear un daño.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional<sup>32</sup> ha dicho que lo normal o anormal de la

31. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Ob. Cit, Pág. 74 y 75.

32. SALA CONSTITUCIONAL, Voto No. 584-2005 de las 17:35 horas del 25 de enero del 2005.

conducta administrativa se refiere en general (no exclusivamente) a la conducta material o prestacional de la Administración. Y agrega que anormalidad e ilicitud no son equivalentes, ya que puede darse el caso de un funcionamiento normal con un resultado lesivo, o sea que un funcionamiento conforme a reglas jurídicas y técnicas produce un resultado dañoso.

En la resolución No. 308 de las 10:30 horas del 25 de mayo del 2006 establece la responsabilidad por inactividad, indicando que se trata de un funcionamiento anormal; puntualizó la Sala que el punto cobra mayor relevancia en relación a servicios públicos, por la circunstancia que el incumplimiento en estos casos potencia el nivel de riesgo en detrimento de los usuarios. No obstante parece claro que ante la existencia de un funcionamiento anormal, este por si mismo no acarrea la responsabilidad administrativa, en el tanto pueda establecerse el nexo causal entre la acción u omisión y el hecho dañoso. Únicamente cabría hablar de exención en la hipótesis de presencia de una de las situaciones eximentes establecidas por ley ya analizadas anteriormente.

### III. LAS INUNDACIONES COMO PROBLEMA JURÍDICO

#### a. Introducción

La cantidad de lluvia a que se ve sometido nuestro país en época de invierno, hace que el problema de las inundaciones se presente de modo recurrente año con año. Los daños que causa, no solamente se originan en la cantidad de precipitaciones que se dan, sino también en situaciones generadas en una deficiente planificación urbana y control municipal, e incluso en la irresponsable construcción por parte de algunas personas de su casa de habitación en zonas previamente definidas como de alto riesgo.

Todo lo cual plantea la conveniencia de definir la eventual responsabilidad o no de la Administración derivada de las inundaciones que tan frecuentemente se presentan durante el invierno.

En un interesante artículo publicado en la Revista de Administración Pública<sup>33</sup> en el que se cita abundante doctrina sobre el tema y servirá débase comparativa para analizar la posible solución en nuestro país, se abordan diferentes hipótesis con el señalamiento de jurisprudencia española algunas veces contradictoria, que conviene dilucidar a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se sienta el principio general aplicable íntegramente a nuestro ordenamiento, que las víctimas no tienen el deber jurídico de soportar los daños producidos por las inundaciones. En nuestro caso avala lo dicho el principio general de responsabilidad establecido en el artículo 190 de la Ley General, esto es la obligación de la Administración de responder por su funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo, salvo los eximentes en el mismo artículo indicados. Se parte del criterio establecido en España por el tratadista García de Enterría y consagrado en la normativa nacional que ante una lesión resarcible el sujeto que sufra el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, por lo que deviene en daño antijurídico.

No obstante debe acotarse también que si el propio perjudicado se colocó en una situación de riesgo no debe la Administración correr con responsabilidad alguna ante esa eventualidad, a pesar de ciertas valoraciones que en su conjunto determinen que a pesar de lo anterior a la Administración le cabe responsabilidad.

En este punto conviene recordar el caso del accidente sufrido por una persona que trató de cruzar la autopista General Cañas a la altura del Centro Comercial Real Cariari, lo que le significó la muerte. Se estableció en el juicio que previamente un grupo de vecinos

había solicitado la construcción de un puente peatonal, petición que no había sido atendida por la Administración (Ministerio de Obras Públicas y Transportes); a la vez se comprobó que la persona accidentada tenía un alto grado de alcohol en su sangre. La Sala Primera de la Corte<sup>34</sup> indicó que no obstante existir anormalidad e ilegitimidad por parte de la Administración, es obligación del Estado edificar obras públicas que cubran las necesidades de desplazamiento de los particulares, por lo que en este caso la responsabilidad administrativa era aún mayor por tratarse de la falta de construcción de una obra pública, no obstante que el estado del occiso suponía una disminución de su capacidad locomotora y sensorial, lo que atenúa la responsabilidad de la Administración y establece una concurrencia de responsabilidades, que significó una disminución en la indemnización a pagar. Existe voto de minoría que exoneró a la Administración totalmente de responsabilidad y acogió la culpa de la víctima como eximente en el caso concreto.

#### b. Hipótesis concretas de daños producidos por inundaciones

##### b.1. Existencia de plantaciones, obras dadas en concesión y necesidad de medidas de prevención

En la jurisprudencia española en algunos casos se ha imputado responsabilidad

34. **SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución No. 252-F-01 de las 16:15 horas del 28 de marzo del 2001.**

33. FERNÁNDEZ GARCÍA (José Francisco), **La responsabilidad patrimonial de la administración hidráulica en el supuesto de inundaciones**, Centro de Estudios Políticos e Institucionales, Madrid, España, mayo-agosto del 2010, Págs. 123 a158.



directamente a la Administración en la hipótesis de realización de plantaciones en zonas inundables sin autorización administrativa, en razón de que aquélla debió vigilar el cumplimiento de requisitos y precauciones necesarias<sup>35</sup>.

En otras oportunidades se ha partido de la situación de riesgo que asumen los propietarios ribereños de un río para establecer la necesidad de que adopten medidas de prevención propias, porque estos son los que conocen la evolución natural del río, lo que supone que la propiedad se encuentre en zona de riesgo de inundaciones<sup>36</sup>.

La situación que se genera en la hipótesis de daños en propiedades situadas en zonas de máximas crecidas, parece más claramente orientada a establecer la culpa de la víctima en el evento de falta de permiso de construcción<sup>37</sup>. Sin embargo si este se otorgó, la responsabilidad de la Administración salta de una manera clara e irrefutable.

En España jurisprudencialmente ha privado el criterio de que en los supuestos de inundaciones en los que concurre una

conducta culposa de la víctima, en algunos casos hay la obligación de la Administración de indemnizar íntegramente los daños sufridos, sobre todo en los casos en que su actuación resulte claramente inadecuada<sup>38</sup>; mientras que en otros se ha dispuesto compensar las culpas con una reducción de la indemnización a pagar<sup>39</sup>.

La solución en nuestro país para situaciones como las descritas es la misma, ya que los principios legales y jurisprudenciales son sinónimos y se orientan claramente en ese sentido.

En los eventos de daños derivados de obras dadas en concesión (defensas construidas en los cauces, deberes de velar por integridad de personas y bienes), la solución resulta semejante en nuestro país y en el caso de España, en razón de la falta de prevención inherente al daño causado. El Tribunal Contencioso Administrativo<sup>40</sup> estableció en un caso de daños producidos en las obras de una represa, que existía responsabilidad administrativa en razón de que no había prueba suficiente de que las fuertes lluvias hubieran sido la causa de la destrucción de las mismas.

35. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia No. RJ-1996-2038 del 6 de febrero de 1996.

36. AUDIENCIA NACIONAL, sentencias del 16 de noviembre del 2006 y del 21 de abril del 2004, España.

37. TRIBUNAL SUPREMO, sentencia del 13 de diciembre del 2000.

38. En este sentido, SALA DE CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia No. 117 de las 15:00 horas del 1 de diciembre de 1978.

39. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia No. 252-F-01 de las 16:15 horas del 28 de marzo del 2001.

40. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución No. 47 de las 11:00 del 14 de junio del 2006.

## b.2. Hipótesis de conservación de cauces

Existe el deber de la Administración de conservación de los cauces e incluso, se le considera como una de las manifestaciones más típicas que corresponde a la Administración en su deber de vigilancia y control en materia de aguas. En España se ha considerado como responsabilidad administrativa la actitud permisiva de la Administración en relación con desarrollos urbanísticos que condujeron a una disminución progresiva de un cauce<sup>41</sup>, la obligación de la Administración de limpiar y dragar los cauces para evitar desbordamientos que puedan resultar peligrosos<sup>42</sup>, el evento de inundación de propiedades originado en el desbordamiento de un río por acumulación de maleza en las riberas que elevó y disminuyó el curso de las aguas<sup>43</sup>, y la obligación de ampliar cauces debido a nuevas actividades económicas<sup>44</sup>. Se deduce de lo anterior que la jurisprudencia en España establece un claro deber jurídico para la Administración de conservación de los cauces y de su entorno y que a efectos de imputar responsabilidad únicamente acepta como causa eximente la fuerza mayor.

La situación en nuestro país tendría la misma orientación que en España. O sea

a la Administración corresponde en su deber de vigilancia y control preventivo<sup>45</sup> la obligación general de mantenimiento en las mejores condiciones posibles los cauces de los ríos. Esto adicionalmente repercute en la mejor conservación y protección del medio ambiente de conformidad con el artículo 50 constitucional. Sin embargo, si debe establecerse que las intervenciones administrativas sobre los cauces de los ríos deben ser compatibles con el mantenimiento del equilibrio natural de estos, concepto que deberá irse definiendo paulatinamente por la jurisprudencia en razón de constituir un criterio técnico y de difícil apreciación para los legos en la materia.

## b.3. Casos de construcción de obras y realización de trabajos públicos en ríos y cuencas

En primer lugar debe indicarse, que comúnmente se refiere la doctrina y jurisprudencia indistintamente a los conceptos obras y trabajos públicos como si fueran sinónimos, lo que no es correcto desde el punto de vista técnico.

Una obra, es el resultado de la actividad constructiva o creativa originada en el esfuerzo del hombre; un trabajo, es el esfuerzo

41. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia del 17 de marzo de 1993.

42. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia del 17 de marzo de 1993.

43. TRIBUNAL SUPREMO MADRID, sentencia del 5 de junio del 2004.

44. TRIBUNAL SUPREMO EXTREMADURA, sentencia del 31 de mayo del 2004.

45. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia no. 112 de las 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994, estableció la responsabilidad administrativa, en razón de existir omisiones de cuidado y supervisión lo que supuso un funcionamiento anormal.

del hombre al que se le agrega un resultado. Este puede conducir a crear una obra nueva (actividad creativa) o, simplemente a mantenerla en estado eficiente (relación de funcionalidad). Si bien una obra siempre tiene su origen en un trabajo, este no siempre da lugar a una obra.

En Derecho Administrativo se da la hipótesis de trabajos públicos realizados en obras privadas y de obras públicas nacidas de trabajos privados.

La doctrina italiana<sup>46</sup> indica que las obras públicas se componen de cuatro elementos: **(a)** la naturaleza pública del sujeto que la construye (elemento subjetivo); **(b)** destinación de la obra misma a un fin público (elemento finalístico); **(c)** la naturaleza del bien creado (normalmente se trata de bienes inmuebles); **(d)** el modo de creación que es a través del trabajo del hombre.

En tal tesitura, se establece que la obra pública es aquella creada por el hombre que llegó a ser pública, lo que significa que deben coincidir su régimen de pertenencia y su origen artificial.

Existe sin embargo una diferencia que debe evidenciarse: la obra es pública si la

construye un sujeto público, lo que hace que llegue a ser su titular; o igualmente un sujeto particular que la transfiera al sujeto público. Así, en el primer caso son públicos el trabajo realizado y la obra misma.

El trabajo es público en todos los casos en que el ejecutor sea un sujeto público independiente del régimen de pertenencia.

En la hipótesis en estudio, en relación con las obras construidas por concesionarios, debe diferenciarse si la Administración ha impuesto cláusulas de cumplimiento obligatorio, en razón de mediar una concesión o estas han sido realizadas por terceros, hipótesis en la que podría mediar una falta de control de la Administración. En ambos casos tanto en el ordenamiento español como el costarricense cabría responsabilidad de la Administración.

De igual manera pueden presentarse casos de obras realizadas por la Administración que supongan alteración de las condiciones naturales del río, obstaculice el libre discurrir de las aguas, disminuya la capacidad del cauce o realice una mala canalización, lo que hace que el agua se desborde. En cualquiera de las situaciones descritas cabría tanto en España como en Costa Rica responsabilidad de la Administración<sup>48</sup>, en algunos casos por

46. ROHERSSEN (Guglielmo), *I Lavori Pubblici*, UTET, Torino, Italia, 1971, Pág. 5 a 21.

47. En este sentido, SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia No. 29 de las 14:30 horas del 14 de agosto de 1993.

48. En este sentido, SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia No. 29 de las 14:30 horas del 14 de agosto de 1993.

conducta omisiva<sup>49</sup>, en otros por conducta activa<sup>50</sup>. En ambos casos la irregularidad resultante en la conducta<sup>51</sup>, deriva de modo indudable una responsabilidad de la Administración.

La Administración tiene la obligación de construir obras necesarias para prevenir inundaciones, ya que sin lugar a dudas existe responsabilidad si por conducta omisiva se ha dado una reducción de la capacidad hídrica del cauce o en general un mal estado de este.

En este punto tanto la jurisprudencia española como la costarricense, han aplicado la teoría de la causa adecuada; que establece la obligación del órgano jurisdiccional de seleccionar entre todas las circunstancias causantes del daño, aquella que en su concepto y en apariencia sea por sí sola idónea para provocar el daño, o sea sin cuya concurrencia no se hubiera producido el mismo.

Nuestra jurisprudencia<sup>52</sup> indicó que resultaba necesario establecer la acción u omisión apta que provocó la consecuencia tenida; lo que supone desplazar los elementos que no han tenido ninguna influencia en el resultado, que denominó “causas extrañas”, que son aquellas que de no haber tenido lugar hubiesen evitado el menoscabo. Corolario de lo dicho es que no consideró procedente la responsabilidad del Estado, ya que el daño producido se originó en cuestiones ajenas a la conducta administrativa.

La jurisprudencia española<sup>53</sup> estableció que no obstante que se dieron lluvias torrenciales, esta circunstancia se vio notablemente agravado por el deficiente funcionamiento de la presa, en cuanto la falta de mecanismos de vigilancia y control impidieron la apertura de compuertas que permitieran desaguar el exceso de líquido; lo que llevó al rompimiento de la presa y a una clara defectuosidad en el funcionamiento del servicio. De igual manera estimó responsabilidad de la Administración

49. SALA DE CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No. 117 de las 15:00 horas del 1 de diciembre de 1978 y SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución No. 263 de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990.

50. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia No. 112 de las 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994.

51. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia No. 132 de las 15:00 horas del 14 de agosto de 1991.

52. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución No. 211 de las 9:40 horas del 7 de abril del 2005 y, No. 252-F-01 de las 16:15 horas del 28 de marzo del 2001.

53. TRIBUNAL SUPREMO, sentencia del 20 de octubre de 1997 y del 8 de noviembre del 2004.

el hecho de la reducción de la capacidad hidráulica del cauce, lo que influyó de manera decisiva en los daños producidos por la inundación y no es imputable a fuerza mayor<sup>54</sup>.

**b.4. Hipótesis de inundaciones reiteradas, elevada magnitud de las lluvias y excepcionalidad de las condiciones climáticas**

En general la excepcionalidad de las condiciones climáticas es causa generadora de la teoría de la fuerza mayor, que exime de responsabilidad a la Administración, con las excepciones que a continuación se establecerán.

Si estamos en presencia de la previsibilidad del desbordamiento de un río, cuya historia de inundaciones y desbordamientos ha sido reiterada, no se aplica la fuerza mayor que como se indicó tiene la nota de inevitable aunque igualmente previsible. Si los daños se originan en un defectuoso funcionamiento de un servicio público, en el que la lluvia no es un hecho ajeno a ese servicio (como generalmente sucede en nuestro país) los daños no resultan inevitables, lo que puede denotar un mal estado de conservación

del cauce. En tal caso la jurisprudencia española<sup>55</sup> ha definido que no es suficiente para exonerar de responsabilidad a la Administración la existencia de lluvias que puedan considerarse poco frecuentes, por lo que en este caso para que operara la causa eximente la Administración debió probar el carácter extraordinario de las lluvias, su elevada magnitud y que fueron la causa inevitable del daño. Es muy probable que la resolución judicial de un caso en este sentido en nuestro país, llevara a la misma conclusión de la jurisprudencia española. No puede aplicarse la teoría de la fuerza mayor porque habría funcionamiento anormal.

En la hipótesis de condiciones climáticas excepcionales lo que provoca cantidad excesiva de lluvias, operaría la fuerza mayor en beneficio de la Administración, si no se demuestra hecho o conducta administrativa que incrimina a esta en cuanto a su deber de diligencia y control.

Igual solución se daría en mi concepto ante la eventualidad de condiciones climáticas severas y la existencia de otras concausas, que por si solas no se consideraron suficientes para establecer la responsabilidad de la Administración. En esta hipótesis, de acuerdo

a la jurisprudencia existente en nuestro país<sup>56</sup> la solución anticipada sería en el mismo sentido. En mi concepto habría que aplicar la fuerza mayor como causa eximente de responsabilidad a favor de la Administración.

A la inversa no se daría fuerza mayor y habría responsabilidad de la Administración, si existe previsibilidad del desbordamiento, reiteración de inundaciones o deficiente funcionamiento del respectivo servicio público. Interesa indicar que la jurisprudencia española<sup>57</sup> resolvió en un caso de lluvias extraordinarias, en que la Administración fue omisa en el ejercicio de su competencia de policía, la no responsabilidad de aquélla, porque dicha omisión no fue el factor principal de los daños.

Debe agregarse a lo anterior que en el evento de existir una cantidad extraordinaria de precipitación pluvial, la jurisprudencia nacional no ha abordado el tema en concreto. Así las cosas la solución a las hipótesis de daños originados en inundaciones deben resolverse con base en los principios jurisprudenciales enunciados en otros casos<sup>58</sup>. Entonces si en principio debe privar la obligación administrativa de conservación de cauces y su entorno como premisa fundamental, también debe analizarse los casos en los que el particular asumió riesgos indebidos y se puso en situación especial

de peligro (por ejemplo construir en zonas de alta vulnerabilidad), lo que configura la hipótesis de culpa de la víctima.

La doctrina del Derecho Administrativo en general y nuestra jurisprudencia establecen que la excepcionalidad de las condiciones climáticas eliminan toda previsibilidad<sup>59</sup>. Sin embargo, este supuesto tiene el límite infranqueable en el caso de inundaciones reiteradas, hipótesis en la que no hay excepcionalidad ni imprevisibilidad ni fuerza mayor.

La jurisprudencia española referida en el artículo comentado ha indicado que deben determinarse los caudales de escorrentía con base en estadísticas pluviométricas de la cuenca y sus proximidades, factor técnico que ayudará a lograr una solución en cuanto a la existencia o no de responsabilidad administrativa. Así, si la conducta de la Administración fue especialmente relevante para causar el daño porque por experiencia común fue decisiva por si sola, aunque existieran otras circunstancias la Administración debe indemnizar. Es la hipótesis de deficiente funcionamiento de una presa, reducción de la capacidad hidráulica del cauce o mal estado de conservación de éste. En todos estos casos la teoría de la

54. En nuestro país la solución ha sido la misma, conforme a las resoluciones de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA No. 112 de las 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994; No. 48 de las 14:10 horas del 29 de mayo de 1996; y No. 55 de las 14:30 horas del 4 de julio de 1997.

55. TRIBUNAL SUPREMO, sentencia del 3 de abril del 2001.

56. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución No. 308-7-2006 de las 10:30 horas del 25 de mayo del 2006, entre otras.

57. TRIBUNAL SUPREMO, sentencia del 10 de abril del 2003.

58. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución No. 252-F-01 de las 16:15 horas del 28 de marzo del 2001.

59. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución No. 047-2006 de las 11:00 horas del 14 de junio del 2006.

causa adecuada es la que brinda la solución correspondiente.

#### IV. LAS INUNDACIONES COMO PROBLEMA URBANÍSTICO

La doctrina del Derecho Urbanístico, en el punto de la definición del uso del suelo, se inclina claramente por la obligación de tener en cuenta esas situaciones.

Se hace hincapié<sup>60</sup> que en tales casos los terrenos afectados deben tener algún régimen de protección especial incompatible con su uso urbanístico, para evitar en lo posible el acaecimiento de daños. Deben prohibirse las actuaciones que signifiquen un riesgo previsible y significativo ya sea directo o indirecto, por lo que más que una definición de usos las regulaciones deben dirigirse a una afirmación de los deberes de los propietarios.

Identificada una zona como proclive a las inundaciones, los propietarios deben tener ciertas limitaciones con el fin de permitir las acciones pertinentes por parte de la Administración.

Todo lo anterior demuestra que el problema de las inundaciones debe condicionar el planeamiento a través de la consideración de los riesgos existentes para su prevención.

En nuestro país la prevención es clave para minimizar o evitar los efectos dañinos de los desastres naturales. Esta debe relacionarse de modo directo con el uso del suelo, a través del establecimiento de regulaciones técnicas para las construcciones y sobretodo definición de zonas donde puedan realizarse; además deberá emprenderse un sistema informativo que permita a las personas conocer los factores de riesgo, a través de la preparación idónea de los funcionarios municipales para que los permisos de uso del suelo se otorguen sobre la base de principios técnicos.

Resulta revelador que en nuestra Gran Área Metropolitana alrededor de cien mil personas viven en condiciones de riesgo por inundaciones, lo que por si solo habla de la importancia de un sistema de prevención adecuado.

El Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones (en adelante RCNFU), Capítulo III, Urbanizaciones, del III.3.7 al III.3.8, establece franjas de protección, en el evento en que se pretenda urbanizar fincas atravesadas por ríos o quebradas o que colinden con éstos, por acequias y cauces de agua intermitente, en el evento de terrenos aledaños a los cañones de río, en el evento de terrenos

con pendiente de más del 20% con laderas a orillas del cauce de agua, en el caso de corrientes de agua permanentes que nacen en un área a urbanizar y en los casos que una urbanización se encuentre cruzada por un cauce de agua. En las hipótesis anteriores se establece la obligación de dejar franjas de no construcción de un ancho mínimo de 10 metros en el primer caso y 5 metros en el segundo caso. En la tercera hipótesis se dispone que las franjas no construibles deben conformar una sola finca entre calles y, tener carácter de protección al cauce. En el caso de los cañones de río los terrenos aledaños al cauce que tengan más del 25% de pendiente no podrán urbanizarse ni realizarse movimientos de tierras; en el caso de los terrenos con pendientes de más del 20% deberá realizarse un estudio geológico de la zona a urbanizar que demuestre que los terrenos son aptos para construir. En el evento de corrientes de agua permanentes que nazcan en un área a urbanizar, el ojo de agua deberá protegerse en un radio de 50 metros como mínimo y no podrá realizarse ninguna obra, no obstante podrá entregarse dentro del porcentaje a ceder a la Municipalidad en concepto de áreas públicas y destinarse a parque.

Finalmente, cuando una urbanización se encuentre cruzada por un cauce de agua podrán hacerse trabajos de canalización o entubamiento, preverse rebalses para venidas máximas y mantener sobre el tubo un canal abierto adicional.

Las anteriores regulaciones, orientadas a la hipótesis de urbanizaciones representan un principio de regulación y prevención en la materia. No obstante debe dedicarse esfuerzo para regular y prever efectos dañinos en los ríos situados fuera de la zona urbanizada, los que como conocemos representan mayor peligro en la época de lluvias fuertes en nuestros país.

## CONCLUSIONES

El agua tiene una decisiva importancia para el hombre en razón de que lo afecta de varias maneras; no obstante no ha tenido la importancia debida por parte de la ciencia jurídica.

Cubre el 75% de la superficie del planeta, del cual únicamente el 2.5% es agua dulce y, de este porcentaje únicamente el 1% es accesible para las actividades humanas como el consumo. Lo anterior evidencia un claro problema de escasez económica del líquido.

Nuestro país presenta problemas de gobernabilidad en la distribución y calidad y, actualmente se debate sobre la necesidad del manejo integrado del recurso hídrico. Esto significa modernización de la legislación existente y obligación de tratar las aguas residuales.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho al agua como un

60. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ (SANTIAGO), Urbanismo y Ordenación del Territorio, Thomsom Aranzadi, Navarra, España, 2006, página 165.

derecho fundamental, lo que significa la necesidad de realizar esfuerzos para que la población pueda disfrutarla, unido al deber de las instituciones públicas de hacer un uso responsable y adecuado del recurso.

La Ley de Planificación Urbana indica que cumplidos ciertos requisitos en los procesos de fraccionamiento y urbanización, implica la obligación de las instituciones involucradas de dotar de agua a los complejos urbanísticos. Nuestro Código Civil determina que el agua puede ser un bien inmueble por naturaleza cuando en los casos de ríos y lagos forma parte integrante del suelo; bien inmueble por accesión cuando se canaliza por conductos artificiales. Con base en el mismo cuerpo de normas puede concluirse que se trata de bienes muebles cuando el agua es extraída de un río o un lago.

En el año 2002 la Organización de las Naciones Unidas estableció que el derecho humano al agua es indispensable para una vida con dignidad humana. Esto ha significado una tendencia mundial a considerarla como parte del dominio público del Estado por formar parte del dominio público del mismo.

En nuestro país dentro de la Administración Central, las siguientes instituciones tienen obligaciones en cuanto al ejercicio y protección de las aguas: El Ministerio de Ambiente y Energía, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Agricultura y Ganadería. En la Administración Descentralizada el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Aguas

Subterráneas, Riego y Avenamiento y el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. Las Municipalidades desempeñan un papel importante en la conservación de aguas en general y de las subterráneas en particular y, a través de la planificación urbanística constitucionalmente atribuida.

Tanto a nivel internacional como local se ha establecido la conveniencia de la participación ciudadana en los planes hidrológicos ambientales.

El agua desempeña un importante papel en los desastres naturales que se presentan en nuestro país. EN los últimos veinte años las inundaciones han generado pérdidas por \$2,000,000,000.00. Específicamente en el período 1988-2009 los eventos hidrometeorológicos representaron el 82.9% de los eventos provocadores de daños.

La causa principal de los desastres naturales es la falta de equilibrio que el hombre tiene entre el conocimiento de las ciencias físicas y su falta de previsión dentro de la organización social.

Las disposiciones constitucionales y legales existentes en materia de responsabilidad administrativa, fundan esta sobre el riesgo que representa la actividad de la Administración, matizándola con disposiciones que signifiquen una garantía para los derechos e intereses de los particulares, con la excepción de eventos de fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero.

Se da funcionamiento anormal del aparato administrativo, cuando el mismo ha sido antijurídico en si mismo con independencia de su resultado. En tal tesitura la anormalidad por funcionamiento se presenta cuando el servicio actuó mal, tardíamente o no actuó del todo. La inactividad se asimila al funcionamiento anormal.

Se analizaron hipótesis definidas por la jurisprudencia española y costarricense. En los casos estudiados se llega a conclusiones básicamente similares, en razón de que los principios que informan la responsabilidad administrativa en ambos países son los mismos y las decisiones jurisprudenciales han transitado por sendas bastante similares.

Los ordenamientos jurídicos deben prever la hipótesis de inundaciones dentro de la planificación urbanística, en cuanto a la definición del uso del suelo, como regulaciones

técnicas para las construcciones y definición de zonas donde puedan realizarse estas y así evitar la construcción en zonas vulnerables ya definidas como tales en razón de eventos naturales sucedidos anteriormente.

El RCNFU regula franjas de protección en urbanizaciones atravesadas por ríos o quebradas que colinden con estos, en terrenos aladaños a cañones de río, terrenos con diferentes pendientes en las laderas situadas a orillas del cauce de agua, corrientes de agua permanentes que nacen en el área a urbanizar y casos en que una urbanización se encuentre cruzada por un cauce de agua. No obstante la conveniencia de tales regulaciones, deben dictarse medidas jurídicas y técnicas en ríos y zonas aladañas a los mismos situados fuera de zonas urbanizadas, que son los que representan mayor peligro en la época lluviosa de nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- GIANNINI (MASSIMO SEVERO), Diritto Pubblico dell'Economia, Editorial Il Mulino, Bologna, Italia, 1977.
- GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ (SANTIAGO), Urbanismo y Ordenación del Territorio, Thomsom Aranzadi, Navarra, España, 2006.
- MARIENHOFF (MIGUEL), Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- MARIENHOFF (MIGUEL), Tratado del Dominio Público, Tipográfica Editora, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- MARTIN-RETORTILLO (SEBASTIÁN), Aguas Públicas y Obras Hidráulicas, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1966.
- ORTIZ ORTIZ (EDUARDO), Expropiaciones y responsabilidad pública, Litografía e Imprenta LIL, San José, Costa Rica, 1996.
- PEÑA CHACÓN (MARIO), Gestión Integrada del Recurso Hídrico en la Legislación Costarricense, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2008.
- PÉREZ VARGAS (VÍCTOR), Principios de Responsabilidad Extracontractual, Instituto Nacional de Seguros, San José, Costa Rica, 1984.
- ROEHRSEN (GUGLIELMO), I Lavori Pubblici, Utet, Torino, Italia, 1971.
- UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA, Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica, Centro de Derecho Ambiental, San José, Costa Rica, 2005.

### Revistas

- BOLAÑOS SALAZAR (CLAUDIA), El dominio público de las aguas, Revista de Administración y Derecho Municipal No. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008.

- FERNÁNDEZ GARCÍA (JOSÉ FRANCISCO), La responsabilidad patrimonial de la Administración Hidráulica en el supuesto de inundaciones, Revista de Administración Pública No. 182, Mayo-Agosto del 2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2010.
- Mc DONALD (KATHY), Cuidando el agua, Revista Construir No. 88, Diciembre del 2010-Enero del 2011, San José, Costa Rica, 2011.
- NAVARRO CABALLERO (TERESA MARÍA), El derecho de aguas de Canarias. Especial consideración de los heredamientos y de las comunidades de aguas insulares, Revista de Administración Pública No. 175, Enero-Abril del 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.
- PALLARÉS SERRANO (ANNA), La participación pública en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente. Especial referencia a los planes hidrológicos de Cuenca, Revista de Administración Pública No. 176, Mayo-Agosto del 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.

### Artículos de periódico

- ALFARO MAIKALL (LAURA), Los desastres naturales en Costa Rica, Periódico La Nación, 20 de febrero del 2011, San José, Costa Rica, 2011.
- ARTAVIA (BETANIA), Falta coordinación entre instituciones estatales, Diario Extra, 21 de mayo del 2010, San José, Costa Rica, 2010.
- PIVA MESÉN (ALFIO), Le llegó el día a la prioridad del agua, Periódico El Financiero No. 802, 17-23 enero del 2011, San José, Costa Rica, 2011.
- ROSALES (VANESSA), Costo de desastres presiona para crear sistema de prevención, Periódico La Nación, 4 de enero del 2011, San José, Costa Rica, 2011.

### Jurisprudencia

- **Resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:** No. 54 de 1989, No. 263 de 1990, No. 132 de 1991, No. 29 de 1993, No. 112 de 1994, No. 48 de 1996, No. 55 de 1997, No. 252-F del 2001, No. 607-F del 2002, No. 211 del 2005, No. 308-7 del 2006.

- **Resoluciones de la Sala Constitucional:** No. 2233-1993, No. 8319-2000, No. 5257-2001, No. 4654-2003, No. 1923-2004, No. 5207-2004, No. 584-2005, No. 14092-2008, No. 6922-2010.
- Resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo: No. 319-2001, No. 47-2006.
- Resolución de la Sala de Casación: No. 117 de 1978.
- Resoluciones del Tribunal Supremo Español: 17 de marzo de 1993, No. 2038 de 1996, 20 de octubre de 1997, 13 de diciembre del 2000, 3 de abril del 2001, 10 de abril del 2003, 8 de noviembre del 2004.
- Resoluciones de la Audiencia Nacional: 21 de abril de 1994 y 16 de noviembre de 1996.
- Resoluciones del Tribunal Supremo Castilla y León-Burgos: 30 de setiembre del 2003.
- Resoluciones del Tribunal Supremo Madrid: 5 de junio del 2004.
- Resoluciones del Tribunal Supremo de Extremadura: 31 de mayo del 2004.<sup>45</sup>

## EL CONTRATO LABORAL TRANSNACIONAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL

*Raúl Marín Zamora*  
abogado

### INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo transnacional (en lo sucesivo CTT)<sup>1</sup> está conceptualizado como aquel que tiene ingredientes – de derecho o de hecho-, en su formalización, en su ejecución, o en ambas, de una pluralidad de ordenamientos jurídicos de distinta nacionalidad. En dicho figura confluyen tanto la *Lex Laboris* como la *Lex Mercatoria*. El fenómeno va de la mano con la cada vez más creciente internacionalización de las relaciones laborales.

La literatura *iuslaboralista* europea reciente ha abonado ese terreno, a la que se han unido respetables criterios latinoamericanos tanto en el campo teórico como jurisprudencial. En juego se encuentran el derecho internacional privado así como los principios rectores del derecho del trabajo con sus repercusiones en las esferas jurisdiccional, previsional y sindical. Es claro, además, que el dumping

social se presenta como contingencia a evitar en este tipo de relaciones laborales mediante razonables reglas que integrarían un novedoso *jus cogens*. Por eso, este tema gravita especialmente en el ámbito de las relaciones laborales que se presentan en la dinámica de las empresas transnacionales y multinacionales<sup>2</sup>.

#### a.- Las empresas transnacionales

Por lo dicho, las empresas transnacionales constituyen un grupo patronal que actúa simultáneamente en varios países, las que a menudo emplean a sus trabajadores en las distintas plazas –*mutatis mutandis* sucede lo mismo con las multinacionales- .

Esa modalidad empresarial goza, al igual que los grupos de interés económico en el ámbito nacional, de las siguientes características: **a.-** existencia de una pluralidad jurídica aparentemente independiente, **b.-** presencia de una unidad económica entre ellas y, **c.-**

1. Hemos optado por el concepto transnacional para enfatizar que los sujetos concernidos por esta relación laboral especial son pasibles de la aplicación de ordenamientos jurídicos de distintos países, mientras que el adjetivo internacional más parece referirse a las relaciones jurídicas interestatales. No obstante alguna doctrina refiere esta figura con el calificativo de internacional, lo que constituye un asunto denominativo, que no necesariamente de fondo.
2. Recordemos que, según la doctrina, la empresa **transnacional** es aquella que opera en varios países, mientras que la **multinacional** es la que pertenece a varias naciones o empresas de distintas nacionalidad y que podrían operar simultáneamente en varias naciones.

en principio, el sometimiento de todas a una unidad de dirección y dependencia<sup>3</sup>. No obstante, otro sector doctrinal insiste en que a veces la nota de dependencia ni es suficiente ni necesaria para estar en presencia de un grupo de empresas, ya que se admite la actuación de los denominados grupos por coordinación o grupos horizontales.<sup>4</sup> En este sentido se ha distinguido entre los grupos por subordinación o jerárquicos, en los cuales la dirección única se logra mediante la atribución del poder de dirección de la unión a la empresa dominante en virtud de participaciones suficientes; y los grupos por coordinación, -entre los que tienen un especial relieve las anteriormente mencionados grupos o agrupaciones de interés económico- en los que la unidad de dirección del grupo se consigue a través de la colaboración de todas las empresas coligadas.

Como una aproximación al asunto, la jurisprudencia laboral costarricense, con prestigioso y moderno apoyo dogmático, ha desarrollado en diversas sentencias el tema del *grupo de interés económico*, destacando que *es un "conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única"*, (Sala Segunda, Considerando IV de la sentencia

Nº 2003-00101, de las 9:50 hrs. del 5 de marzo de 2003).

#### **b.- Diversas hipótesis sobre la aplicación del derecho laboral en el espacio a partir de ciertas modalidades contractuales y de ciertos criterios hermeneúticos**

Según la profesora brasileña Gilda Maciel Meyer Russomano, citada por Rolando Murgas Torrazza<sup>5</sup>, los elementos que permiten tener como transnacionales las relaciones de trabajo son aquellas que están sujetas a diversas variables, entre las que cuentan la nacionalidad del trabajador, la nacionalidad del empleador, el lugar sede de la empresa, el lugar de prestación de los servicios y el foro de celebración del contrato. Para tal efecto la aludida autora presenta cuatro modalidades esenciales de posibles discrepancias:

- a)** El trabajador extranjero contratado por un empleador nacional, para prestar servicios en el territorio nacional.
- b)** El trabajador extranjero, contratado por un empleador extranjero, para trabajar en el territorio nacional.
- c)** El trabajador nacional contratado por un empleador extranjero, para prestar servicios en el extranjero.

3. Así se pronuncia Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.R., en su estudio "Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas", *Revista Española de derecho del Trabajo*, número 62, Madrid, 1993.  
 4. Plá Rodríguez, A. *Los grupos de empresas*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 6, Madrid, 1987.  
 5. *Contrato de Trabajo Transnacional*, *Gaceta Laboral*, Universidad de Zulia, Venezuela, v.9 n.3, dic. 2003, p.418

**d)** El trabajador nacional contratado por un empleador extranjero, para prestar servicios en el territorio nacional (ibídem, p.93-94).

Estas hipótesis cardinales, podrían además abordarse, a juicio del Doctor Murgas, considerando, ya sea el lugar de la contratación -y no sólo de la ejecución previamente pactada- o bien suponiendo otra variable consistente en la contratación de un trabajador nacional por una empresa nacional para trabajar en el extranjero.

Cabría señalar, agregamos, otro eje a partir de la dinámica contractual, y más allá del *pacta sunt servanda*, entendida como "movilidad geográfica" que consiste en "todas aquellas modificaciones que sufre la fijación inicial del lugar donde el trabajador se ve obligado a trabajar y que implican su cambio de residencia, independientemente de la fuente de la que proceda la decisión de llevar a cabo las mencionadas modificaciones, o de las causas en que aquélla se base."<sup>6</sup> (De algún modo ya insinuado en la precedente cita al sugerirse como hipótesis el lugar de la prestación de servicios)

Algunos criterios hermeneúticos para precisar la normativa aplicable en las precitadas

probabilidades se enuncian como "factores de conexión" o "puntos de contacto", al igual que el concepto de "actividad característica" (Morgenstern).<sup>7</sup>

#### **c.- El principio de la territorialidad de las leyes laborales**

El denominado Código Bustamante,<sup>8</sup> aprobado en los albores del derecho social como Convención Internacional Latinoamericana en La Habana, Cuba, el 13 de febrero de 1928, estableció en su artículo 198 el principio de la territorialidad de la "protección social del trabajador."<sup>9</sup>

Tal regla no solo ha resistido el paso del tiempo sino que se ha visto robustecida por los nuevos aires del derecho social, llegando a ser clave prácticamente a nivel universal, como adelante lo exponemos. Recuérdese que en los albores del derecho social latinoamericano el maestro mexicano Mario de la Cueva decía que el contrato de trabajo es un contrato realidad, dando significación a uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo, el de la primacía de la realidad, que significa que debe darse preferencia a lo que ocurre en la práctica por sobre lo que resulta de los documentos o acuerdos.

6. García Valverde, María D. *La movilidad geográfica. Un análisis teórico-jurisprudencial*. Colección práctica de derecho social. Editorial Comares, Granada 2002. p.7)  
 7. Morgenstern, Felice, citado por Murgas, ibídem.  
 8. Cuyos delegados ticos plenipotenciarios fueron los juristas Ricardo Castro Beeche, J. Rafael Oreamuno y Arturo Tinoco.  
 9. Ley No. 50 de 13 de diciembre de 1928, publicada en el Alcance No. 7 a La Gaceta No. 30 del 6 de febrero de 1930.



Dicho principio ha sido reelaborado o, más bien, recreado por otro maestro, el profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez en su obra **Los Principios del Derecho del Trabajo**, al señalar: “El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a la primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.”<sup>10</sup>

#### d.- Las patologías en la ejecución del CTT

La remuneración del contrato laboral transnacional suele efectuarse en distintas monedas, según el lugar del desplazamiento del trabajador y su centro principal de trabajo, modalidad retributiva que generalmente se conoce como “salario quebrado”.

Sobre la porción pagada en el país del desplazamiento se observa que algunas empresas no cotizan a la seguridad social, ni en su país de origen, ni en el anfitrión, lo que representaría un fraude a los derechos laborales.<sup>11</sup>

En esta materia juega un papel determinante el principio de derecho privado de la

territorialidad de las leyes laborales que las circunstancias actuales obligan a conjugarlo con el del precitado predominio de la realidad, entendido aquél no necesariamente como el lugar del pacto original sino como **el lugar cardinal del cumplimiento de la obligación laboral, cuya efectiva ejecución se realiza principalmente en dicho territorio, por lo que en atención al principio de territorialidad de la ley laboral, la ley sustantiva aplicable es la de dicha jurisdicción, lo que tiene notables consecuencias en el terreno de la seguridad social e indemnizatorio –cuando proceden-, según adelante se precisa (el salario en especie entendido como aquel compuesto por el costo de los billetes de avión y alojamiento en el extranjero juega un papel importante en esta materia)** Tema medular en el terreno de las relaciones laborales en los grupos transnacionales como lo exponemos *ut infra*.

Mal podría decirse que el monto salarial virtualmente imputable a las esporádicas visitas al extranjero de, por ejemplo, los trabajadores corporativos en cumplimiento de sus funciones dentro de un ente transnacional, no tienen que cotizar a la

10. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2° edición, Buenos Aires, 1978, pp. 243 y ss.

11. Obsérvese que las contingencias sanitarias asegurables también merecen ser consideradas en este tipo de contrataciones. La regla que parece aceptable es aquella que manda al patrono a pagar los gastos médicos –o de repatriación del trabajador- cuando éste ha tenido que acudir a la asistencia médica en el exterior. Desde luego que lo más aceptable consistiría en un convenio de reciprocidad entre las naciones concernidas, o al menos, un pacto de la sociedad transnacional con la entidad aseguradora del país en el que principalmente presta el trabajador sus servicios para el ulterior reembolso de los gastos médicos –realizados en el exterior- Si tal convenio internacional no existe, el propio contrato individual debería contemplar tales contingencias.

seguridad social patria ni extranjera, pues eso constituiría un fraude (ya insinuado por la Sala Segunda en la sentencia que citamos en el siguiente acápite) en directo perjuicio de los trabajadores obligados a desplazarse temporalmente fuera del país.

**e.- Sobre la extraterritorialidad laboral de los trabajadores de las empresas transnacionales que se desplazan al extranjero y la aplicación de la máxima “lex loci laboris”.**

En materia laboral rige la regla de la **territorialidad**, la que, en principio, se tiene como elemento determinante de la ley que gobierna la forma del contrato, según la regla *lex loci celebrationis*, lo que también es una de las notas determinantes de la competencia judicial laboral.<sup>12</sup>

Ahora bien, la modalidad de las relaciones laborales en empresas transnacionales ha permitido que nuestra Sala Segunda haya constatado en forma visionaria ese fenómeno, **estableciendo, en cuanto a la ley de fondo o competencia legislativa (rationae materiae)**, el siguiente interesante criterio:

“Considerando II ...debe reconocerse, que ante la expansión de los mercados que ha venido experimentando el mundo moderno,

ya sea en virtud de las alianzas o de las simples respuestas de las organizaciones comerciales modernas, en los cuales el ámbito de acción donde se desplazan con trabajadores comprende varias naciones soberanas, existe una tendencia a flexibilizar la rigidez en la aplicación del principio de la territorialidad **haciendo posible extender la ley nacional al hecho del trabajo ejecutado en parte extraterritorialmente...**” (Las negritas no son del original. Sentencia número 247 de las 10:00 hrs del 11/08/95)

Posteriormente, la misma Sala Social en resolución N°2003-00089, dictada a las 9;10 hrs. del 28 de febrero de 2.003, estableció lo siguiente en cuanto al extremo salarial en los grupos de interés económico, entre los que se encuentran las empresas transnacionales:

“V.- El Tribunal procedió correctamente al incluir, para efectos de establecer el promedio salarial del actor, tanto los salarios pagados a nombre de la demandada, como las remuneraciones que se pagaron a nombre de Griffith Panamá S.A., pues, en la realidad, se trata de una misma organización empresarial que opera bajo una misma denominación (GRIFFITH)...”

**f.- Sobre la regla *lex loci laboris* en el ámbito de la seguridad social aplicable a las empresas transnacionales o de**

12. En igual sentido se pronuncia el art. 14 del Código de Trabajo.

### pluralidad de lugares de trabajo en el exterior

El tema de la aplicación del derecho en el espacio dentro de la dinámica de la relación laboral ya no parece tener discusión en materia de seguridad social.

Esa adaptabilidad de la relación laboral en la dimensión espacial se pone de manifiesto con la siguiente cita doctrinal:

“El contrato de trabajo, como manifestación de la existencia de un vínculo contractual de naturaleza laboral, no se constituye como una realidad estática carente de cualquier tipo de alteración o modificación a la naturaleza siempre personal de una de las partes intervinientes (sic) en la relación contractual, el trabajador, así como la existencia de toda una serie de vicisitudes, desde aquellas derivadas de causas productivas hasta aquellas derivadas de causas económicas

(por sólo señalar dos), que inciden sobre la prestación laboral, como por ende sobre la entidad o persona contratante, el empresario, y el sujeto encargado de ejecutar de forma dependiente y personal la prestación, el trabajador, hacen del contrato de trabajo un elemento dinámico capaz de adaptarse y sobrevivir a estas circunstancias modificativas.”<sup>13</sup>

La jurisprudencia y la doctrina europeas se han ocupado del tema subrayando, en ausencia de pacto que incremente los beneficios del trabajador en esta materia de la seguridad social, la aplicación del principio *lex loci laboris* que consiste en la sujeción a la ley de fondo del lugar principal de la prestación de los quehaceres del trabajador al servicio de las empresas transnacionales<sup>14</sup>: “... se deberá garantizar por el empresario las condiciones de trabajo previstas en el lugar habitual de ejecución de la prestación laboral, es decir, en el lugar desde el que se determina

13. Carlos Arroyo Abad, **La movilidad geográfica**, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXVII, España 204.

14. Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 9 de enero de 1997 en el caso Petrus Wilhelmus Rutten contra Cross Medical Ltd, dispuso en lo pertinente:

“27. s A la luz de todas las consideraciones precedentes, procede responder que el número 1 del artículo 5 del Convenio, en su versión modificada por el Convenio de San Sebastián, debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de un contrato de trabajo en cumplimiento del cual el trabajador ejerce sus actividades en más de un Estado contratante, el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de dicha disposición, es aquel en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales. Para la determinación concreta de dicho lugar, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero.”

el desplazamiento, sin perjuicio que resulten de aplicación disposiciones más favorables derivadas de la legislación del Estado en el que se van a prestar temporalmente los servicios por ese trabajador.”<sup>15</sup> Igual solución ofrece la doctrina latinoamericana.<sup>16</sup>

El profesor belga Sean Van Raepenbusch ilustra el tema del siguiente modo:

“La escogencia de la *lex loci laboris*, con desplazamiento secundario a la ley del país de residencia, particularmente en casos de pluralidad de lugares de trabajo, está conforme con una concepción “bismarkiana”, todavía dominante dentro de la reglamentación comunitaria, según la cual los costos de la seguridad social están a cargo del Estado donde el

15. Corte Heredero, N, La Movilidad geográfica de los trabajadores, Ed. Lex Nova, Valladolid 1995.

16. Entre la conclusiones a que llegó el **Taller subregional sobre el reglamento del “instrumento andino de seguridad social”** realizado en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, los días 12 y 13 de septiembre de 2003, se indicó: “9. Igualmente, a nuestro juicio, en el ámbito iberoamericano, el principio “lex loci laboris” se recoge en el “Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur”, cuyo artículo 4º dispone que ‘ El trabajador estará sometido a la legislación del Estado Parte en cuyo territorio ejerza la actividad laboral’ –el destacado no es del original-. De modo que es dable, por lógica, interpretar que en el supuesto de pluralidad de países en que se presta el servicio, la legislación de la nación en que se realiza la actividad principal debe gobernar el respectivo contrato, salvo fraude de ley consistente en evadir el principio general de derecho laboral de la preeminencia de la legislación más favorable de entre varias posibles de aplicar. Esta sería, como ya se apuntó, la excepción a la regla general. 10. Por último, y a mayor abundamiento, en el propio **Acuerdo Administrativo Hispano-Peruano de Seguridad Social**, suscrito el 24 de octubre de 1977 y actualmente vigente, también se recoge este principio en términos similares, al establecer en su artículo 4 que “**Si una persona ejerce una actividad lucrativa, su obligación de cotizar se determinará de acuerdo con la legislación de la Parte contratante en cuyo territorio ejerza esa actividad; el trabajador empleado en el territorio de una Parte estará sometido a la legislación de dicha Parte**”.

### Conclusión

Por todo ello, el texto del artículo 5 de la Decisión 546 publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, se ajusta a la práctica y principios de los Convenios de la O.I.T. y, en general, a los seguidos y comúnmente aceptados en el contexto internacional, tanto europeo como iberoamericano. El texto publicado no deja lugar a dudas ni posibilidades de elección, a los propios trabajadores emigrantes ni a las empresas donde trabajan sobre la Seguridad Social que se les debe aplicar: es decir, siempre la del lugar donde desarrollan su actividad. Salvo, agregamos que el país anfitrión tenga una legislación más favorable para el trabajador movilizado que la de su país de origen, en cuyo caso se aplica el principio de la norma más favorable.”

**trabajador ejerce su actividad y contribuye a este régimen.”<sup>17</sup>**(las negritas son nuestras)

La doctrina también se ha ocupado del tema de los trabajadores al servicio de las transnacionales distinguiendo entre las modalidades de **traslado y de desplazamiento temporal**, definiendo este último, así:

“ se trata,..., de la ejecución de un servicio por orden de la empresa por la que está contratado el trabajador en un estado europeo ..., lo cual significa que: **a)** debe existir previa relación laboral, no nacida precisamente con ocasión del desplazamiento, y **b)** que, aunque no se precisa el carácter finalista del desplazamiento (...) este deberá tener una duración limitada en el tiempo, pues de lo contrario estaríamos ante un traslado definitivo, que no daría lugar a la aplicación en todo caso de la ley del lugar de ejecución del trabajo ...”<sup>18</sup>

**E.- Sobre el concepto de grupo de interés económico, de “holding”<sup>19</sup> o de pluralidad de lugares de trabajo con desplazamiento al extranjero en el ámbito de la seguridad social a la luz de la legislación y jurisprudencia patria.**

**a.-** La Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social aborda el tema de la asignación de responsabilidades a cargo de los patronos en materia de seguridad social dentro de los grupos de empresas vinculadas o dirigidas por una casa matriz, así:

“Artículo 51.-

Las personas jurídicas, las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y autonomía funcional, aunque estas últimas tengan o no personalidad jurídica, responderán solidariamente por las acciones o las omisiones

17. **La sécurité sociale des travailleurs européens. Principes directeurs et grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes.** Bibliothèque de Droit Social. Ed. Larcier. Bruselas 2001, p.88; la traducción es nuestra. Sobre esta moderna Doctrina puede consultarse, entre otros, a Juan Carlos Álvarez Cortés, “**Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea**», Rev. Actualidad Laboral, N° 2, Madrid 1999, págs. 437-448, Pilar Juárez Pérez, **Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades**, Ed. Comares, primera edición, Granada, España, 2000. Cristóbal Molina Navarrete y Gloria Esteban de la Rosa **La movilidad transnacional de trabajadores: reglas prácticas**. Ed. Comares. primera edición, Granada, España, 2002; Carlos Arroyo Abad, **La movilidad geográfica**, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXVII, España 2004, págs. 215-229;

18. María del Pilar Rivas Vallejo y Sonia Martín Albá, **Los desplazamientos temporales de trabajadores españoles al extranjero. Efectos laborales y tributarios**”, Revista n° 27 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales español, p.46.

19. Dice el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE): “ **Holding.** (Voz ingl.). 1. m. Sociedad financiera que posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas”.

violatorias de esta ley, cometidas por los representantes en el ejercicio de sus funciones.”

**b.-** De lo antes expuesto y de ese precepto cabe concluir:

Que la cotización a la seguridad social se debe hacer sobre el salario completo independientemente de la unidad económica vinculada al grupo que pague parcialmente el salario. Lo que, ineludiblemente, debería ser válido para las empresas transnacionales, conforme lo ha establecido, en principio, la jurisprudencia patria y expresamente la doctrina europea *supra* citadas.

**g.- Sobre el derecho a accionar en materia de seguridad social por morosidad patronal y la eventual prescripción en el derecho patrio**

**a.-** El art. 564 del Código de trabajo admite una amplia legitimación para reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones propias de la seguridad social. Dispone al efecto su primer párrafo:

“Se confiere acción para hacer efectivas las responsabilidades que correspondan por la comisión de faltas contra las Leyes de trabajo o de previsión social, a las personas

perjudicadas o a sus representantes legales o apoderados, a las autoridades administrativas de trabajo, a las entidades de protección a los trabajadores, y, cuando se trate de infracciones a disposiciones prohibitivas de este Código, también a los particulares.”<sup>20</sup>

Esa extensa capacidad procesal –semejante a la del recurso de amparo- obedece a que, “En situaciones concretas, el ordenamiento jurídico en atención a un interés que considera prevalente y digno de protección legítima a un sujeto para deducir en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno, es decir, del que no es titular, produciéndose entonces una disociación entre la titularidad de la situación jurídica sustancial y la titularidad del derecho a hacerla valer en el proceso. Se habla entonces de legitimación extraordinaria o directa, también denominada sustitución procesa o legitimación por sustitución.”<sup>21</sup>

**b.-** Mediante resolución número 08-559 dictada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia a las 9:00 horas del 25/07/08 se analizó detalladamente la diferencia que en materia de prescripción sobre reclamos por omisión de pago patronal a la seguridad social, se da entre si la acción es planteada por el trabajador perjudicado o por la entidad aseguradora. (Brevemente,

20. **Téngase presente, además, que, según el precitado art. 51 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de seguro Social, los sujetos pasivos de tales incumplimientos son tanto las personas jurídicas como las entidades de hecho que integren un grupo económico.**

21. Diccionario Jurídico Aranzadi, p. 416, Madrid, 2001.

en el primer caso se estableció que opera la imprescriptibilidad, mientras que en el segundo se juzgó que la prescripción es decenal)

Dijo en lo pertinente la Sala Social:

**i.- Sobre la imprescriptibilidad:**

“En ...procesos en donde quien figura como parte actora lo es el trabajador (a) y se constata el incumplimiento del patrono de no empadronar y se declara el derecho del (la) demandante al recálculo del monto de su pensión de vejez, que se encuentre disfrutando, por lo que en esos supuestos sí es aplicable el artículo 44 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S, considerándose imprescriptible la acción pertinente del trabajador (a) para

reclamar el monto de la pensión y los daños y perjuicios.” (Considerando III)

**ii.- Sobre la prescripción decenal agrega dicha resolución:**

“...los reclamos relativos al cobro de cuotas obrero patronales no pagadas, por el traslado de cobro efectuado por parte de la Caja, ... prescriben en el plazo de 10 años para la recuperación de esas cuotas que se le adeuden conforme a los numerales 30, 53 y 56 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social” (ver en sentido similar el voto número 1040 de las 9:30 horas del 16 de diciembre del 2005, y el 961 de las 10 horas del 20 de octubre de 2006).”

## DON JOSÉ SIMEÓN GUERRERO DE ARCOS Y CERVANTES, PRIMER PRESIDENTE DEL PODER JUDICIAL DE COSTA RICA

*Dr. Jorge Francisco Sáenz Carbonell  
Catedrático de la Universidad de Costa Rica*

Aunque desde la Constitución de 1812 existió en nuestro Derecho el concepto de un Poder Judicial independiente de los otros Poderes y dedicado primordialmente a la tarea de administrar justicia, sin potestades legislativas o ejecutivas, no fue sino hasta las Bases de Constitución Federal emitidas en 1823 cuando se dispuso que Costa Rica tuviera su propia Corte de Justicia. Y aun así, no fue fácil poner en ejecución tal idea, debido fundamentalmente a la carencia de abogados. No fue sino hasta 1826 cuando por fin se pudo instalar la Corte Superior de Justicia, bajo la presidencia de don José Simeón Guerrero de Arcos, un abogado nicaragüense que vivía en San José desde 1824 y que había venido a Costa Rica por invitación de nuestras autoridades, para desempeñar un cargo de juez. Don José Simeón fue, por consiguiente, el primer Presidente de nuestro Poder Judicial, y creemos de interés para los abogados y estudiantes de Derecho conocer un poco más sobre su vida y sus actuaciones.

### En Nicaragua

La familia Guerrero de Arcos fue fundada en Costa Rica en el siglo XVII por el alférez Cristóbal Guerrero de Arcos y La Torre, originario de la ciudad andaluza de Marbella, quien casó con Doña Gertrudis de Enciso Hita y Chaves, cartaginesa <sup>1</sup>. De esta pareja provino una familia muy numerosa, con ramificaciones en Costa Rica y en Nicaragua. Entre sus descendientes nicaragüenses estuvo don Fernando Guerrero de Arcos, quien vivió en León de Nicaragua en el siglo XVIII y fue casado con doña Gertrudis Cervantes. Estos fueron los padres de don José Simeón Guerrero de Arcos, quien nació en León en fecha que ignoramos, pero que debió ser alrededor de 1775.

Don José Simeón se graduó como licenciado en Leyes, posiblemente en la Universidad de San Carlos de Guatemala, ya que la de León de Nicaragua no se inauguró sino hasta 1816<sup>2</sup>. Uno de sus primeros cargos públicos

1. PRADO SÁENZ, Eladio, “Los fundadores españoles de Costa Rica”, p. 44, en *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas*, Números 13-14, Octubre de 1965, pp. 31-80.

2. ARELLANO, Jorge Eduardo, *Reseña histórica de la Universidad de León, Nicaragua, León, Editorial Universitaria, 2ª ed., 1988, p. 60.*

fue el de Subdelegado de Intendencia del partido de Subtiava, uno de los que cinco componían la Intendencia de León<sup>3</sup>. En 1804 renunció a ese destino, que le produjo fuertes disgustos:

*“Varias quejas habían dirigido los indios contra Guerrero, atribuyéndole abusos en el ejercicio de su empleo; pero él se defendió victoriosamente de los cargos que se le hicieron y acreditó con informaciones de testigos imparciales y con documentos incontestables, la buena conducta que en su desempeño había observado.”*<sup>4</sup>

Al sobrevenir la Independencia en 1821, varias de las provincias centroamericanas decidieron darse una organización judicial propia. Una de ellas fue Nicaragua, que estableció en la ciudad de León una Corte territorial de Justicia, según el modelo previsto en la ley reglamentaria de las audiencias y juzgados de primera instancia, emitida por las Cortes de Cádiz el 9 de octubre de 1812<sup>5</sup>. Las

audiencias territoriales estaban integradas por nueve ministros o magistrados, dos fiscales y un regente, que era su Presidente titular y efectivo, y se dividían en dos salas, una de segunda instancia y otra de tercera<sup>6</sup>.

Don José Simeón fue uno de los escogidos para integrar la Corte territorial de León, lo cual sugiere que para esta época ya era un abogado de considerable prestigio. Además, en julio de 1823 Nicaragua lo eligió como diputado a la Asamblea Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América. Sin embargo, no llegó a desempeñar ese cargo<sup>7</sup>.

#### Juez Letrado de Costa Rica

Los años de la independencia fueron muy turbulentos en Nicaragua. Surgieron gobiernos rivales en diversas poblaciones, hubo crecientes brotes de violencia y finalmente en 1824 estalló una sangrienta guerra civil, la primera de la historia nicaragüense<sup>8</sup>.

En Costa Rica, el segundo Estatuto Político de 16 de mayo de 1823 había dispuesto en su

artículo 34 que la Junta Superior Gubernativa podría establecer inmediatamente un juez letrado, cuyas funciones se regirían por la ley de tribunales de 1812<sup>9</sup>. Hasta ese momento, la justicia en Costa Rica había estado administrada en primera instancia principalmente por los alcaldes de las poblaciones, que carecían de formación especializada en materias jurídicas. Por el contrario, los jueces letrados debían ser profesionales en Derecho, y como en Costa Rica no los había, la provisión del juzgado de letras haría necesario recurrir a abogados de otras provincias.

El 16 de junio de 1824, la Junta Superior Gubernativa dispuso establecer en San José un juzgado de letras<sup>10</sup>, y “... con previos informes de la idoneidad, integridad, patriotismo y desinterés que concurren en el ciudadano Simeón Guerrero de Arcos, Ministro de la Corte Territorial de Justicia de León...”<sup>11</sup>, lo designó como primer titular de ese juzgado, agregándole la cartulación en la cabecera de su residencia y, en forma interina, la auditoría de guerra<sup>12</sup>.

En circunstancias ordinarias, ningún magistrado de una corte territorial hubiera dejado su cargo para servir un juzgado de inferior jerarquía en una provincia remota y pobre, pero la situación de Nicaragua era caótica, y don José Simeón decidió renunciar a la magistratura y aceptar el modesto destino que le ofrecían las autoridades costarricenses. Efectuó su viaje en agosto de 1824, mientras León se veía sumida en graves disturbios<sup>13</sup>.

De conformidad con la ley de tribunales de 1812, al juez letrado le correspondía administrar justicia en primera instancia en lo civil y en lo penal<sup>14</sup>. En esas funciones estuvo don José Simeón durante sus dos primeros años de residencia en Costa Rica, de 1824 a 1826. Entre otros casos le correspondió seguir una causa contra los autores de los motines ocurridos en Heredia en febrero de 1825, por la negativa de varios clérigos y otros personajes prominentes a jurar la Ley Fundamental del Estado. Sin embargo, en junio de 1825 se emitió una ley de amnistía para los involucrados<sup>15</sup>.

3. Sobre el partido de Subtiava, V. JUARROS, Domingo, Compendio de la historia del Reino de Guatemala 1500-1800, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 1ª. ed., 1981, p. 37. Los otros partidos de la Intendencia eran El Realejo, León, Matagalpa y Nicoya.

4. Subtiava, V. JUARROS, Domingo, Compendio de la historia del Reino de Guatemala 1500-1800, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 1ª. ed., 1981, p. 37. Los otros partidos de la Intendencia eran El Realejo, León, Matagalpa y Nicoya.

5. AYÓN, Tomás, Historia de Nicaragua, Managua, Banco de América, 1ª. ed., 1977, vol. III, p. 363.

6. Decreto N° 201 del 9 de octubre de 1812.

7. SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco, y MASÍS PINTO, Mauricio, Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, San José, EDITORAMA, 1ª. ed., 2006, p. 25.

8. ZELAYA, Chester, Nicaragua en la Independencia, San José, EDUCA, 1ª. Ed., 1971, pp. 199 y ss.

9. Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica de 16 de mayo de 1823, artículos 23 y 33-38. Su texto completo figura en ZELEDÓN, Marco Tulio, Digesto constitucional de Costa Rica, San José, Colegio de Abogados, 1ª. ed., 1946, pp. 22-28.

10. Acta de la Junta Superior Gubernativa de Costa Rica de 13 de mayo de 1824, art.3°. Su texto figura en IGLESIAS, Francisco M., Documentos relativos a la Independencia, San José, Tipografía Nacional, 1ª. ed., 1899-1902, vol. III, pp. 285-287.

11. Ibid., vol. III, p. 286.

12. Ibid.

13. SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco y otros, *Las Primeras Damas de Costa Rica*, San José, Instituto Costarricense de Electricidad, 1ª. ed., 2001, p. 198.

14. *Decreto N° 201 del 9 de octubre de 1812*.

15. FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo, *Historia de Costa Rica. La Independencia*, San José, Librería Lehmann & Cía., 2ª. ed., 1941, pp. 160-161.

### Presidente de la Corte Superior de Justicia por primera vez

La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica aprobada en 1825 dispuso crear para el Estado una Corte Superior de Justicia como tribunal de segunda y tercera instancia<sup>16</sup>, cuyo Presidente debía ser abogado. En la elección popular de los magistrados prácticamente ninguno de los postulados obtuvo la mayoría necesaria, y el Congreso Constituyente tuvo que realizar la elección, el 7 de abril de 1825. Como Presidente del alto tribunal fue escogido el abogado nicaragüense don Manuel Barberena, que residía en León. Sin embargo, el licenciado Barberena se excusó de aceptar el cargo, y el 2 de julio de 1825 la Asamblea legislativa convocó a elecciones para reemplazarlo. El 1° de agosto, como otra vez ninguno de los postulados obtuvo, la cámara nombró como Presidente de la Corte a don José Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes<sup>17</sup>.

Fue sumamente difícil instalar la Corte, ya que la mayoría de quienes eran elegidos como magistrados rehusaban el cargo, con un pretexto u otro. Finalmente, la Asamblea dispuso que el domingo 1° de octubre se instalara la Corte con los individuos que hubiera presentes. Ese día, el Presidente de

la Asamblea legislativa, don Pedro Zeledón Mora, juramentó al licenciado Guerrero de Arcos. El 5 de diciembre de 1826 se emitió la ley mediante la cual se aprobaba el Reglamento interior de la Corte Suprema de Justicia<sup>18</sup>.

Al referirse a la Corte en su mensaje anual a la Asamblea legislativa, el 1° de marzo de 1827, el Poder Ejecutivo manifestó que el alto tribunal

*“... ha llenado sus funciones en el período que ha corrido, aunque con mengua de individuos por inopia de Letrados y porque algunos Magistrados propietarios electos aún no se han presentado a tomar posesión. El solo hecho de haberse instalado ha mejorado la administración de justicia imponiendo respeto a los juzgados subalternos y haciendo más rápidamente el despacho de los negocios.”*<sup>19</sup>

Durante largo tiempo, la Corte continuó incompleta, pues aún faltaban por elegir un fiscal en propiedad y un magistrado lego. Además, los salarios de los integrantes de la Corte no se pagaban puntualmente. Para octubre de 1827, a solo un año de

16. Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 21 de enero de 1825, artículos 24 y 87-93.

17. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., p. 22.

18. *Ibid.*, pp. 23-24.

19. *Mensajes presidenciales: años 1824-1859*, San José, Editorial Texto, 1ª. Ed., 1981, p. 20.

su inauguración, el alto tribunal se hallaba disuelto, como lo indicó el Ejecutivo a la Asamblea en su mensaje del 1° de marzo de 1828<sup>20</sup>.

Concluidas de hecho sus funciones y disuelta de hecho también la Corte, don José Simeón fue llamado a servir nuevamente el cargo de juez letrado, que desempeñó de 1828 a 1830.

### Presidente de la Corte por segunda vez

De fines de 1827 a principios de 1829 el Estado careció de Corte Superior de Justicia. Reorganizada esta en marzo de 1829, la presidieron sucesivamente el guatemalteco don Agustín Gutiérrez y Lizaurzábal (1829-1830) y el nicaragüense don José Sacasa y Méndez (1830-1831). Este renunció por haber sido designado por el gobierno federal en un cargo diplomático, y el 19 de mayo de 1831 la Asamblea legislativa eligió para sucederle a don José Simeón Guerrero de Arcos; pero el Poder Ejecutivo objetó el procedimiento seguido. El 27 de mayo de 1831 la Asamblea optó por convocar a elecciones para proceder a llenar la vacante. El voto popular favoreció al mismo licenciado Guerrero de Arcos, a quien se citó para tomar posesión el 18 de julio de 1831<sup>21</sup>.

Durante esta segunda presidencia de don José Simeón la Corte siguió enfrentando el mismo problema de inestabilidad que padecía desde 1826. Uno de los magistrados fue elegido diputado al Congreso de la Federación centroamericana y el 6 de enero de 1832 se ausentó<sup>21</sup>, el fiscal electo no había asumido su cargo y en febrero el propio licenciado Guerrero de Arcos se ausentó de San José, por lo que la Corte quedó otra vez disuelta de hecho. El 1° de marzo, el Poder Ejecutivo expresó sus inquietudes al respecto en su mensaje anual a la Asamblea:

*[...] la Corte Superior de Justicia fungió la mayor parte del año próximo pasado y algunos días del presente, encontrándose a la fecha disuelta, porque siendo el Magistrado Zeledón electo diputado al Congreso federal marchó a incorporarse en él, porque el Magistrado fiscal aún no ha venido a desempeñar su destino, como ofreció, en aquel tribunal, y porque el Presidente se ausentó a principios del mes antecedente, quizá a negocios propios, pues de ello no ha tenido conocimiento el Ejecutivo por el orden que corresponde. El interés de los pueblos reclama en varios sentidos la existencia de*

20. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., pp. 24-25.

21. *Ibid.*, pp. 36 y 39.

22. *Ibid.*, p. 39.

*tan importante corporación y por lo mismo el Ejecutivo espera que os dignéis extender vuestra respetable atención a su reorganización y estabilidad.*<sup>23</sup>

Don José Simeón reasumió su cargo poco después, pero como era el único integrante de la Corte, en mayo de 1832 se emitió una ley para que mientras se reorganizaba el alto tribunal, pudiera resolver solo en todas las causas en que tuviera impedimento legal<sup>24</sup>.

El 31 de agosto de 1832, don José Simeón fue suspendido en su cargo, debido a una grave acusación formulada en su contra<sup>25</sup>.

#### **La acusación contra don José Simeón Guerrero. La diferencia entre normas jurídicas y normas morales y religiosas.**

El bachiller don Sabino Castillo y Palacios, juez de primera instancia de San José, presentó el 31 de julio de 1832 a la Asamblea legislativa una acusación contra el licenciado Guerrero de Arcos<sup>26</sup>. Debido a errores cometidos por Castillo en su desempeño como juez, don José Simeón lo había suspendido en su cargo y declarado que había lugar a formación de causa en su contra. Considerando ilegal esta decisión, Castillo interpuso la acusación ante

la Asamblea, pero además, denunció que el licenciado Guerrero faltaba a los deberes de moralidad que le imponía su cargo, por vivir públicamente amancebado, es decir, que hacía vida marital con una mujer con la que no estaba casado.

A solicitud de la Asamblea, don José Simeón rindió el 7 de agosto un informe sobre el tema, en la que expuso detalladamente las razones jurídicas por las que se había suspendido a Castillo, y en cuanto al cargo de inmoralidad, sin admitir expresamente el concubinato que se le atribuía, hizo ver que ese tipo de relaciones solo era ilegal en el caso de clérigos o personas casadas, y que no era su caso, porque para la amistad entre personas libres no existía pena<sup>27</sup>. Nos parece que vale la pena transcribir algunos de sus razonamientos, en cuanto marcan la diferencia entre normas jurídicas y normas morales y religiosas, distinción que hoy nos parece elemental pero que en la Costa Rica de 1833 podía considerarse algo difusa:

*“Las leyes del título 19 libro 8° de la Recopilación al hablar del caso relacionado, se limitan a imponer penas a los casados, clérigos, frailes, y otras personas religiosas, sin decir cosa alguna de los demás que no*

23. *Mensajes presidenciales: años 1824-1859*, op. cit., p. 64.

24. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., p. 39.

25. Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Archivo del Congreso, N° 1498, 1501 y 1509.

26. Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Archivo del Congreso, N° 1501.

27. *Ibíd.*

*tienen aquellas circunstancias. La ley que forma el Prólogo del título 14 Partida 4ª. se expresa así: Barragana defiende Santa Iglesia que non tenga ningún cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los sabios antiguos que fisieron las leyes consintieronles que algunos las pudiesen haber sin pena temporal, porque tobieron que era menos mal de haber una que muchas. E porque los fijos que nacieren dellas fuesen más ciertos. La 2ª. del mismo título está conforme con la Recopilación, y la 3ª. determina las buenas circunstancias que ha de tener la del Rey, Príncipes, Condes y otras personas constituidas en dignidad. Es cierto que la ley 29 título 18 libro 2° de la Recopilación de Indias, y la Real Orden de 14 de mayo de 1788, mandan a las Justicias proceder al castigo de los pecados públicos, sin determinar pena, de suerte que las raras veces que se ha procedido en otras épocas por alguna autoridad llena de un celo religioso, ha sido imponiendo discrecionalmente penas correccionales; pero ya no es tiempo de que Vuestra Excelencia se ocupe de en castigar pecados: el artículo 11 de la Constitución Federal lo resiste, y las luces del siglo en que vivimos no sufren que la autoridad política o civiles e mezclen en juzgar las conciencias. Las leyes de Partida están en consonancia*

*con los códigos modernos más celebrados: véanse sino entre otros el de uno de los Estados de Norte América recientemente publicado en nuestro idioma.*

*La moralidad no consiste solo en el punto a que el acusador se refiere: otras virtudes son necesarias en el hombre público, y el mismo acusador a pesar de su mordacidad, no se ha atrevido a señalar hecho alguno que sea contrario a ellas, exhalando su mal humor en frases vagas que no producen más que el insulto. Pero si su aserción es cierta el exponente protesta a Vuestra Soberanía que no conocen muchos hombres dignos de los cargos: él está al cabo de los sucesos de la época presente, como que en pequeños pueblos no se ocultan las relaciones y hechos aun más insignificantes; y ocho años de residencia no lo dejan ignorar la historia de la generación que tiene la cabeza cubierta de canas. Dejar de hacer lo que la naturaleza resiste por razón de la edad, o pretender ocultar lo que la opinión y las leyes reprueban a causa del Estado, cree el exponente que no es una virtud. Si no temiera faltar al respeto que es debido a Vuestra Soberanía referiría un pasaje del Evangelio, o el dicho del héroe de la Mancha en la ventura de los galeotes. Pero sobre todo, ¿cómo compondremos*

*el párrafo del escrito de que se trata con los principios del acusador sobre el **ingesto** estampados en el documento número 2°?*

*En vista de esto no puede el que os habla menos que decir con un criminalista célebre, ¿dónde están al presente los ciudadanos, que comparezcan ante los jueces y tribunales solo por un merecido horror a los delitos, y un loable deseo de evitar otros? En vez de perseguir el crimen, ¿no perseguirán al delincuente supuesto o verdadero? En vez de la utilidad pública, ¿no serán sus miras la satisfacción de su venganza, de su odio, de su codicia, de su ambición, o de otra pasión vituperable?*<sup>28</sup>

El 8 de agosto, mientras se estudiaba este caso, se recibió en la Asamblea otra acusación contra don José Simeón, formulada por el secretario de la Corte, don Pedro César y Urroz<sup>29</sup>.

Después de largas discusiones, el 31 de agosto la Asamblea declaró que había lugar a la formación de causa contra don José Simeón por la acusación de don Sabino

Castillo, y lo suspendió en el ejercicio de su cargo<sup>30</sup>. Como era el único magistrado en funciones, otra vez el Estado se quedó sin Corte de Justicia. El 7 de setiembre se leyó en la cámara otra acusación más contra el licenciado Guerrero de Arcos, formulada por el abogado nicaragüense don Valentín Gallegos<sup>31</sup>.

El 16 de setiembre se nombró a los integrantes del tribunal especial que debía juzgar a don José Simeón: don Juan Manuel Soto Herrera, don Manuel Fernández Chacón y el presbítero don José Ana Ulloa y Guzmán-Portocarrero. Los dos últimos fueron recusados enseguida por don Sabino Castillo, quien dijo que Fernández era socio de Guerrero de Arcos, y que Ulloa era tío de la “barragana”, es decir, de la mujer con la que se atribuían al acusado relaciones ilícitas. Sin embargo, las recusaciones no prosperaron, y el tribunal especial se instaló el 2 de octubre, presidido por el padre Ulloa. El tribunal también rechazó las recusaciones, indicando que quien legalmente podía recusar a uno de los juzgadores era el acusado, no el acusador<sup>32</sup>. Tampoco prosperó una gestión para apartarse del tribunal hecha por el presbítero Ulloa, quien se hallaba muy ofendido por las referencias a su sobrina y dijo que esta era una viuda honrada<sup>33</sup>.

28. Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Archivo del Congreso, N° 1501.

29. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., p. 41.

30. Decreto N° 75 del 3 de setiembre de 1832.

31. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., p. 41.

32. Archivo Nacional de Costa Rica, Sección Histórica, Archivo del Congreso, N° 1509

33. *Ibíd.*, N° 1498.

Don José Simeón se presentó ante el tribunal el 10 de octubre, con su pariente el presbítero don Juan de los Santos Madriz y Cervantes, quien actuaba como su defensor, y varios testigos. Después de oír su defensa y los testimonios, los miembros del tribunal absolvieron el mismo día a don José Simeón de todos los cargos y lo declararon libre y hábil para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, ya para entonces se habían efectuado nuevas elecciones para magistrados, y el 11 de octubre de 1832, al día siguiente de la absolución del licenciado Guerrero de Arcos, don Atanasio Gutiérrez y Lizaurzábal tomó posesión como nuevo Presidente de la Corte<sup>34</sup>.

En cuanto a las acusaciones formuladas contra don José Simeón por don Pedro César y don Valentín Gallegos, la Asamblea, en resoluciones del 14 y el 19 de marzo de 1833 respectivamente, declaró que no había lugar a formación de causa<sup>35</sup>.

#### **Presidente de la Corte por tercera vez**

En 1833 hubo nuevas elecciones para magistrados. Como ninguno de los postulados para el cargo de Presidente de la Corte alcanzó la mayoría necesaria, la Asamblea decidió el 8 de octubre elegir una vez más a don José

Simeón Guerrero de Arcos y Cervantes. Este no se encontraba en San José y no fue sino hasta el 22 de enero de 1834 cuando prestó el juramento de ley<sup>36</sup>.

En 1834 don José Simeón estuvo entre los suscriptores de un fondo del vecindario de San José para pagar un preceptor para la juventud. También en ese año formó parte del grupo de La Tertulia, encabezado por el presbítero don Vicente Castro y Ramírez, que publicaba el periódico del mismo nombre y se oponía al gobierno de don José Rafael de Gallegos y Alvarado. Ese grupo se opuso fuertemente a la Ley de la Ambulancia, cuya emisión hizo que en mayo de 1834 los Supremos Poderes, incluyendo el Judicial, trasladaran su residencia a la ciudad de Alajuela, donde debían permanecer durante cuatro años<sup>37</sup>. Sin embargo, en virtud de otra ley de la Asamblea, en setiembre de 1835 la Corte y el Poder Ejecutivo volvieron a San José, mientras el Legislativo y el Conservador se establecían en Heredia<sup>38</sup>.

Por razones que desconocemos, para principios de 1836 don José Simeón, que llevaba ya once años y medio de residir en Costa Rica, había decidido regresar a Nicaragua. En marzo de ese año presentó a la Asamblea su renuncia como magistrado

34. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., pp. 41-42.

35. Decreto N° 5 de 15 de marzo de 1833 y Decreto N° 7 de 20 de marzo de 1833.

36. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., p. 45.

37. Decreto N° 58 del 3 de abril de 1834.

38. *Decreto N° 134 de 2 de setiembre de 1835.*



y Presidente de la Corte, pero pasaron los meses y la cámara no se pronunció sobre el particular. En junio, don José Simeón solicitó licencia por dos meses para ir a Nicaragua, pero tampoco hubo respuesta. La inestabilidad de la Corte proseguía: el fiscal don Valentín Gallegos abandonó su cargo para irse a Nicaragua, el magistrado don Atanasio Gutiérrez y Lizaurzábal abandonó sus funciones y el magistrado don Juan Mora Fernández fue elegido como diputado al Congreso de la Federación<sup>39</sup>.

Ante la inacción de la Asamblea, don José Simeón decidió simplemente abandonar su cargo y salir del Estado. Para el 4 noviembre de 1836 ya se había marchado a Nicaragua y la presidencia de la Corte recayó interinamente en el bachiller don Luz Blanco y Zamora. El 9 de diciembre, ante el hecho consumado, la Asamblea dispuso que se efectuasen elecciones para un magistrado propietario, en sustitución de don José Simeón. El cargo recayó en el propio bachiller Blanco y Zamora<sup>40</sup>.

#### Su matrimonio y sus últimos años

En diciembre de 1836, cuando se encontraba ya de retorno en Nicaragua, don José Simeón

Guerrero de Arcos dio poder a su amigo el abogado nicaragüense don Toribio Argüello para que en nombre se desposara en San José con doña Ana Bolandi y Ulloa, la señora con respecto a la cual se había producido el escándalo de 1832. Nacida alrededor de 1791 en el hogar de don Andrés Bolandi, oriundo de Suecia, y doña Gertrudis Ulloa y Guzmán-Portocarrero, cartaginesa, doña Ana había sido casada en primeras nupcias con don José María Porras. El desposorio lo efectuó el 30 de diciembre el padre Madriz, en la casa del apoderado, por hallarse este enfermo<sup>41</sup>. Hija de este matrimonio fue doña María Guerrero Bolandi, quien posiblemente nació en Nicaragua y murió en San José en 1910<sup>42</sup>.

Don José Simeón Guerrero de Arcos, quien en la época de su matrimonio posiblemente era ya sexagenario, al parecer no regresó más a Costa Rica y posiblemente falleció en Nicaragua, pocos años después de su regreso a ese país. Su viuda doña Ana sí volvió a Costa Rica y murió en San José en julio de 1869, a los 78 años de edad<sup>43</sup>.

39. SÁENZ CARBONELL y MASÍS PINTO, op. cit., p. 46.

40. Ibid., pp. 46 y 49

41. [https://www.familysearch.org/search/image/show#uri=https%3A%2F%2Fapi.familysearch.org%2Frecords%2Fpal%3A%2FMM9.1.i%2Fdgs%3A004229309.004229309\\_00037](https://www.familysearch.org/search/image/show#uri=https%3A%2F%2Fapi.familysearch.org%2Frecords%2Fpal%3A%2FMM9.1.i%2Fdgs%3A004229309.004229309_00037)

42. [https://www.familysearch.org/search/image/show#uri=https%3A%2F%2Fapi.familysearch.org%2Frecords%2Fpal%3A%2FMM9.1.i%2Fdgs%3A004234585.004234585\\_00370](https://www.familysearch.org/search/image/show#uri=https%3A%2F%2Fapi.familysearch.org%2Frecords%2Fpal%3A%2FMM9.1.i%2Fdgs%3A004234585.004234585_00370)

43. <https://www.familysearch.org/search/recordDetails/show?uri=https://api.familysearch.org/records/pal:/MM9.1.r/MWZB-PD6/p1>

## CONTROL INTERNO LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

*M.sc. Ronaldo Hernández H  
Msc. Derecho Público  
Especialista Derecho Mercantil  
Doctorando egresado Derecho Administrativo*

El riesgo es una condición futura que existe fuera del control del grupo del proyecto, entorno laboral o institución y que puede tener un impacto negativo sobre el resultado del proyecto, entorno laboral o institución, si se llega a dar la condición. Administradores reactivos esperan a resolver la situación cuando esta suceda. Los administradores proactivos tratan de identificar y resolver problemas potenciales antes de que ocurran. Los entornos pequeños, por su corta duración, no dan mucha cabida al surgimiento de problemas. Por el contrario, los entornos grandes están propensos a problemas esperando a aparecer.

Debemos abogar por una administración proactiva, por lo que la administración de riesgos entonces la definimos como la identificación de todos los riesgos posibles, se determina qué tan certero es que se presente el riesgo, y entender el impacto en el entorno si ocurren.

La administración de riesgos es una aproximación científica del comportamiento de los riesgos, anticipando posibles pérdidas accidentales con el diseño e implementación

de procedimientos que minimicen la ocurrencia de pérdidas o el impacto financiero de las pérdidas que puedan ocurrir.

Una vez identificado el riesgo que se quiere administrar activamente, hay cinco cursos de acción que se pueden tomar:

**No hacer nada.** No se hará nada si se determina que el efecto sobre el proyecto es despreciable ante la ocurrencia del riesgo, o no hay nada que se pueda hacer para atenderlo.

**Seguimiento.** Se le dará seguimiento al riesgo en forma que se pueda determinar la probabilidad de que se dé o no el riesgo en la medida que transcurre el tiempo. Si aparentemente aumenta la probabilidad de ocurrencia a medida que pasa el tiempo, se atenderá en ese momento.

**Evitar el riesgo.** Esto implica eliminar la condición que podría causar el problema. Por ejemplo, riesgos que presente un proveedor pueden ser evitados con la contratación de otro proveedor.

**Mueva el riesgo.** En algunos casos es factible que la administración del riesgo sea

removida de la administración del proyecto y asignada a otra entidad o tercera parte.

**Mitigue el riesgo.** En la mayoría de los casos esta es la medida a tomar. Si se ha detectado un riesgo, y es de consideración, puede desarrollarse un plan proactivo para garantizar que el riesgo no ocurra, o si lo hace, su impacto sea despreciable.

Al igual que con la administración del alcance, no hay nada malo en que haya riesgos en el entorno bajo estudio. No se pretende que no se tengan riesgos, lo que importa es la respuesta que de la administración del proyecto al riesgo. Si se ignoran los riesgos, se convertirán en situaciones y se tendrán para ese entonces, menos opciones para su solución.

**IMPORTANCIA** Es importante en toda organización contar con una herramienta, que garantice la correcta evaluación de los riesgos, a los cuales están sometidos los procesos y actividades que participan en el área o entorno específico; y por medio de procedimientos de control se pueda evaluar el desempeño de ese entorno.

Viendo la necesidad en el entorno institucional de este tipo de herramientas y teniendo en cuenta que, una de las principales causas de los problemas dentro del entorno laboral, es la inadecuada administración de información precisa, y la ubicación determinada de los expedientes es necesario seguir una guía de gestión de administración de riesgos, basándose en los siguientes aspectos:

La evaluación de los riesgos inherentes a los procesos de manejo de expedientes.

La evaluación de las amenazas ó causas de los riesgos.

Los controles utilizados para minimizar las amenazas a riesgos.

La asignación de responsables a los procesos de producción de gestiones judiciales.

La evaluación de los elementos del análisis de riesgos.

#### **EL PROBLEMA - ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS**

El riesgo es una condición del mundo real en el cual hay una exposición a la adversidad, conformada por una combinación de circunstancias del entorno, donde hay posibilidad de pérdidas.

#### **OBJETIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS**

Los siguientes son los objetivos mas comunes:

Garantizar el mejor manejo de los recursos  
Minimizar el costo del negocio causado por los riesgos

Proteger a los empleados de perjuicios

Conocer las obligaciones contractuales y legales.

Eliminar preocupaciones posteriores

#### **CLASIFICACIÓN DE LOS OBJETIVOS**

##### **ECONÓMICOS:**

El objetivo es reducir el costo del negocio causado por los riesgos al mas bajo nivel posible.

##### **REDUCIR LA ANSIEDAD:**

Se refiere a la tranquilidad obtenida de tener medidas utilizadas para manejar la adversidad. Cuando catástrofes potenciales no son manejadas, la incertidumbre puede distraer a los gerentes para tomar correctamente sus decisiones corporativas.

##### **OBTENER ESTABILIDAD:**

El objetivo de la estabilidad se apoya del efecto causado por grandes variaciones que pueden surgir de terceros y como contribuir para reducir estas variaciones.

##### **CONTINUAR EL DESARROLLO:**

Maximizar los beneficios no siempre es el objetivo dominante en una organización. Otro objetivo corporativo es la habilidad de continuar creciendo.

##### **RESPONSABILIDAD SOCIAL**

Se refiere a la variedad de obligaciones sociales que tiene la organización con sus empleados y con la sociedad en general; algunas veces surgen conflictos con el objetivo de la economía.

#### **POLÍTICAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS**

Una política es una guía general de acción, este es un plan estándar de la organización que traduce los objetivos en guías mas específicas. Para determinar las políticas en la administración de riesgos para una organización en particular se tienen en cuenta decisiones que pueden ser hechas solamente por la gerencia de la organización. En el diseño de políticas de administración de riesgos, algunos factores son necesarios para tomar decisiones, que son:

**Los objetivos básicos del programa de administración de riesgos:** El principal objetivo es preservar la eficiencia operativa de la organización. Este objetivo implica evitar las pérdidas financieras causadas por desastres que impidan las funciones básicas de la organización.

**Consolidación del programa de retención:** Cuando la política de administración de riesgos específica un máximo nivel de retención (delineamiento de exposiciones o pérdidas que no serán retenidas), se tiene un razonable direccionamiento de consolidación de pérdidas retenidas, permitiendo gran flexibilidad en las decisiones de control.

#### **CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS**

Los negocios, actividades preprogramadas, oficinas estatales, etc, pueden fallar o sufrir pérdidas como un resultado de un variedad

de causas. Las diferencias en esas causas y sus efectos constituyen las bases para diferenciar los riesgos, los cuales se pueden clasificar así:

**RIESGOS FINANCIEROS:** El riesgo financiero envuelve la relación entre una organización y una ventaja que puede ser perdida o perjudicada. De este modo el riesgo financiero envuelve 3 elementos:

La organización que esta expuesta a perdidas

Los elementos que conforman las causas de perdidas financieras

Un peligro que puede causar la perdida (amenaza a riesgo).

**RIESGOS DINÁMICOS:** Son el resultado de cambios en la economía que surgen de dos conjuntos de factores :

Factores del entorno exterior ; la economía, la industria, competidores y clientes.

Otros factores que pueden producir las perdidas que constituyen las base del riesgo especulativo son las decisiones de la administración de la organización.

**RIESGOS ESTÁTICOS:** Estos riesgos surgen de otras causas distintas a los cambios de la economía tales como: deshonestidad o fallas humanas.

**RIESGO ESPECULATIVO:** Describe una situación que espera una posibilidad de

pérdida o ganancia. Un buen ejemplo es una situación aventurada o del azar.

**RIESGO PURO:** Designa aquellas situaciones que solamente generan o bien pérdida o ganancia, un ejemplo es la posibilidad de pérdida en la compra de un activo básico de l entorno - impresoras). Los riesgos puros pueden ser clasificados de la siguiente forma:

**Riesgo Personal :** Consiste en la posibilidad de perdida sujeta a los siguientes peligros: muerte prematura, enfermedad e incapacidades

**Riesgos de las posesiones :** Abarcan 2 distintos tipos de pérdida que son: pérdidas directas por destrucción de bienes, y pérdidas indirectas causados por las consecuencias de las pérdidas directas o gastos adicionales.

**Riesgos de Responsabilidades:** Su peligro básico consiste en el perjuicio de otras personas o daño de una propiedad por negligencia o descuido.

**Riesgos físicos:** Se tienen en esta clase por ejemplo: El exceso de ruido, Iluminación inadecuada, exposición a radiaciones, instalaciones eléctricas inadecuadas.

**Riesgos químicos:** Se tienen en esta clase por ejemplo: Exposición a vapores de los solventes, humo de combustión y gases.

**Riesgos biológicos:** Hongos y bacterias.

**Riesgos psicosociales:** Ingresos económicos injustos, monotonía, falta de incentivos y motivación.

**Riesgos ergonómicos:** Puesto de trabajo incomodo, Posición corporal forzada, movimiento repetitivo al operar máquinas, hacinamiento.

**RIESGO FUNDAMENTAL:** Envuelve las pérdidas que son impersonales en origen y consecuencia. La mayor parte son causados por fenómenos económicos, sociales. Ellos afectan parte de una organización.

**RIESGO PARTICULAR:** Son perdidas que surgen de eventos individuales antes que surjan de un grupo entero. Desempleo, guerra, inflación, terremotos son todos riesgos fundamentales ; el incendio de una casa y el robo de un banco son riesgos particulares.

### TÉCNICAS DE PROCEDIMIENTOS PARA ADMINISTRAR RIESGOS

**EVITAR RIESGOS:** Un riesgo es evitado cuando en la organización no se acepta. Esta técnica puede ser más negativa que positiva. Si el evitar riesgos fuera usado excesivamente el entorno sobre el cual opera sería privado de muchas oportunidades de ganancia y probablemente no alcanzaría sus objetivos.

**REDUCCIÓN DE RIESGOS:** Los riegos pueden ser reducidos, por ejemplo con: programas de seguridad, guardias de

seguridad, alarmas y estimación de futuras pérdidas con la asesoría de personas expertas.

**CONSERVACIÓN DE RIESGOS:** Es quizás el más común de los métodos para enfrentar los riesgos, pues muchas veces una acción positiva no es transferirlo o reducir su acción. Cada organización debe decidir cuales riegos se retienen, o se transfieren basándose en su margen de contingencia, una pérdida puede ser un desastre financiero para organización siendo fácilmente sostenido por otra organización.

**COMPARTIR RIESGOS:** Cuando los riesgos son compartidos, la posibilidad de perdida es transferida del individuo al grupo.

### HERRAMIENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

Las principales técnicas o herramientas usadas en la administración de riesgos son :

**Control de Riesgos:** Técnica diseñada para minimizar los posibles costos causados por los riesgos a que esté expuesta la organización, esta técnica abarca el rechazo de cualquier exposición a pérdida de una actividad particular y la reducción del potencial de las posibles perdidas.

**Financiación de Riesgos:** Se enfoca en garantizar la habilidad de conocer recursos financieros y las perdidas que pueden ocurrir en ellos. Frecuentemente los

riegos se transfieren o se retienen. Cuando se retienen se acompañan de una colocación específica del presupuesto y puede abarcar la acumulación de un recurso financiero para conocer sus desviaciones. Cuando se transfieren abarcan los arreglos contractuales y la subcontratación de ciertas actividades.

## PROCESO DE LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

**Determinar los Objetivos:** El primer paso en la administración de riesgos es decidir precisamente el programa de administración de riesgos. Para obtener el máximo beneficio de los gastos asociados con la administración de riesgos un plan es necesario. De otro modo, es ver el proceso de administración de riesgos como una serie de problemas aislados mas bien que un problema sencillo, y no hay guías para proveer una consistencia lógica en los procesos de la organización.

El principal objetivo de la administración de riesgos, como primera ley de la naturaleza, garantizar la supervivencia de la organización, minimizando los costos asociados con los riesgos. Muchos de los defectos en la administración de riesgos radica en la ausencia de objetivos claros.

Los objetivos de la administración de riesgos están formalizados en una "política corporativa de administración de riesgos", la cual describe las políticas y medidas tomadas para su consecución.

Idealmente los objetivos y las políticas de

administración de riesgos deben ser producto de las decisiones tomadas por la jerarquía del entorno, producto de la asistencia o ayuda de los agentes activos del sistema.

**Identificación de los Riesgos:** Es difícil generalizar acerca de los riesgos de una organización porque las condiciones y operaciones son distintas, pero existen formas de identificarlos entre las cuales están:

**Registros internos de la organización,** listas de chequeo para políticas de seguros, cuestionarios de análisis de riesgos, flujos de procesos, análisis financiero, inspección de operaciones y entrevistas.

**Aproximación de combinación:** La aproximación preferida en la identificación de riesgos consiste de una aproximación de combinación, en el cual todas las herramientas de identificación de riesgos están hechas para tolerar problemas. En pocas palabras cada herramienta puede resolver una parte del problema y combinados pueden ser una considerable ayuda al administrador de riesgos. Los riesgos pueden surgir de muchas fuentes, por lo cual el administrador de riesgos necesita un sistema de información de búsqueda rápida, diseñado para proveer el flujo de información acerca de cambios en operaciones y cambios en las relaciones con las entidades externas.

**Evaluación de Riesgos:** Una vez que los riesgos han sido identificados el administrador de riesgos debe evaluarlos.

Esto envuelve la medición del potencial de las pérdidas y la probabilidad de la pérdida categorizando el orden de las prioridades. Un conjunto de criterios puede ser usado para establecer una prioridad, enfocada en el impacto financiero potencial de las pérdidas.-

**Implementación de la Decisión, Evaluación y Revisiones:** Este paso debe ser incluido por 2 razones. Primero, el proceso de administración de riesgos no es la panacea definitiva, las cosas pueden cambiar nuevos riesgos surgen y riesgos viejos desaparecen, el programa de administración de riesgos permite al administrador de riesgos revisar decisiones y descubrir errores.

## RESPONSABILIDADES DEL ADMINISTRADOR DE RIESGOS

**Desarrollar políticas de administración de riesgos:** El administrador de riesgos ayuda a la organización en la identificación de objetivos y preparación de políticas junto a la alta gerencia o jerarquía correspondiente.

**Identificar los riesgos:** Es considerablemente la función más difícil de la administración de riesgos. Este proceso requiere un gran sistema de información que alertará al administrador de riesgos sobre nuevas exposiciones a pérdida.

**Seleccionar alternativas financieras:** Basado en la estructura financiera de la organización, el administrador de riesgos recomienda el camino a tomar.

**Negociar el alcance de la seguridad:** El administrador de riesgos debe determinar que aseguramiento es necesario y debe obtener la mejor combinación entre alcance y costo.

**Supervisar la administración interna:** Esta función incluye estadísticas de pérdida, manuales de administración de riesgos, monitorización de renovaciones y administración de horarios.

**Administrar funciones de riesgo:** Esta función incluye : monitorización de seguros y supervisión de contratos de seguros.

**Supervisar la prevención a pérdidas:** Sin ser expertos deben tener un conocimiento global del área expuesta a pérdida.

## DECISIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

**Reacciones instintivas al riesgo:** El instinto natural de auto-preservación, la reacción instintiva al peligro, son medidas de control que pueden ser clasificadas como un comportamiento aprendido. Estas se convierten en estándares innatas al comportamiento y representan las reglas personales para la prevención a pérdidas.

**Buenas y malas decisiones en la administración de riesgos:** Uno de los asuntos mas complejos en las decisiones de la administración de riesgos es distinguir las buenas decisiones de las malas, porque la

administración de riesgos abarca decisiones tomadas bajo condiciones de incertidumbre, siendo algunas veces juzgadas inadecuadamente. La evaluación debe ser hecha con base en información disponible y actualizada.

**Análisis Costo - Beneficio:** El análisis costo - beneficio procura medir la contribución que hace la administración de riesgos, verificando si sus beneficios exceden su costo ; actualmente el análisis de costo-beneficio puede ser utilizado para juzgar cualquier decisión donde los beneficios son realizados sobre el tiempo estimado. Aunque el análisis costo-beneficio es una buena técnica para tomar decisiones en la administración de riesgos, la naturaleza de los riesgos crea impedimentos para su uso, donde los costos son generalmente medidos, los beneficios no pueden serlos.

**Teoría de la Utilidad:** La teoría de la utilidad fue originalmente introducida para explicar la naturaleza de la función de la demanda, es decir la utilidad o satisfacción derivada del beneficio económico no se incrementa proporcionalmente con los incrementos en el bien, usando esta técnica como base en la toma de decisiones surgen decisiones consistentes, aunque algunas veces inadecuadas.

**La Teoría de Decisión:** También llamada análisis de decisión puede ser usada para determinar estrategias opcionales cuando una decisión tomada es afrontada con algunas decisiones alternativas y un modelo incierto de futuros eventos.

El primer paso del analista en la teoría de la decisión dado un problema es listar todas las alternativas disponibles de decisión ; el segundo paso es listar todos los futuros eventos que podrían ocurrir, estos futuros eventos son llamados los “Estados de la Naturaleza” del problema.

Las situaciones de decisión se dividen en 3 tipos :  
Toma de decisiones bajo certidumbre : uno y solamente un “estado de naturaleza” existe, y la decisión es tomada con certeza.

Toma de decisiones bajo riesgo : existe mas de un “estado de naturaleza”, y todos los estados disponibles son probables.

Toma de decisiones bajo incertidumbre : existe mas de un “estado de naturaleza”, pero nada es conocido sobre la probabilidad o elección de ocurrencia de varios estados.

## REGLAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

La administración de riesgos se ha considerado como un área funcional especial de la organización, por lo cual se han ido formalizando sus principios y técnicas. Dentro del campo de la administración de riesgos se crearon las siguientes reglas:

**No arriesgarse más de lo posible:** el factor mas importante para determinar cuales riesgos requieren alguna acción especifica es el máximo potencial de pérdida, algunas

pérdidas pueden ser potencialmente devastadoras literalmente fuera del alcance de la organización mientras tanto otras envuelven menores consecuencias financieras si el máximo potencial de pérdida de una amenaza es grande, la perdida es inmanejable o el riesgo debe ser transferido.

**Considerar las diferencias:** Esta regla sugiere que la probabilidad de pérdida puede ser un importante factor para decidir que hacer sobre un riesgo particular .

**No arriesgar mucho por poco:** Esta regla dicta que puede haber una razonable relación entre el costo de transferencia de riesgos y el valor que acumula el entre que los transfiere. Esta regla provee dos direcciones primero los riesgos no pueden ser retenidos cuando la pérdida posible es relativamente grande a los beneficios obtenidos a través de la retención, el segundo aspecto es que en algunas instancias el beneficio que es requerido para asegurar un riesgo no es proporcional al riesgo transferido.

## EVALUACIÓN Y REVISIÓN DE PROBLEMAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

La evaluación y la revisión son importantes para el proceso de administración de riesgos por dos razones :

La primera razón es que las cosas cambian, las soluciones que eran apropiadas en el pasado emergen y viejos riesgos desaparecen.

Los errores están surgiendo constantemente y una revisión persistente provee una oportunidad de descubrir errores pasados.

### Evaluación y Revisión General

Esta fase corresponde a la parte administrativa de control de la administración de riesgos, el propósito del control es verificar que las operaciones están de acuerdo con lo planeado y requiere de:

Estándares y objetivos para ser llevados a cabo. Medir la ejecución de operaciones con estos estándares y objetivos. Tomar acciones correctivas cuando los resultados difieran de lo deseado.

### AUDITORÍA EN LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

El proceso de auditoria incluye los siguiente pasos :

**Evaluar los objetivos y las políticas de la administración de riesgos :** la evaluación de un programa de administración de riesgos envuelve la medición de programas con estándares y los objetivos del programa representan los primeros estándares lógicos. Esta evaluación generalmente incluye una revisión de las finanzas de la organización y su habilidad de soportar pérdidas.

**Identificar y evaluar los riesgos después** de que los objetivos han sido definidos y evaluados, el próximo paso es identificar las exposiciones a riesgos existentes en la organización, este paso consiste de un

análisis de operaciones para determinar las distintas exposiciones a pérdida

**Evaluar las decisiones relacionadas a pérdida**, este paso incluye una revisión de la extensión de los riesgos.

**Evaluar las medidas de la administración de riesgos** que han sido implementadas. Este paso evalúa las decisiones pasadas, verificando que la decisión fue propiamente implementada. Este paso incluye una revisión de medidas de control y pérdidas de eficacia del enorno y hasta financieras.

**Recomendar cambios** para el beneficio del programa de auditoria .

#### **ALCANCE DE LA AUDITORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS**

Las tres principales área que se pueden auditar son :

**Políticas de administración de riesgos :** este aspecto esta enfocado en los objetivos del programa, la responsabilidad y autoridad del administrador de riesgos y la consistencia de las políticas con los objetivos.

**Control de riesgos:** la naturaleza especializada de la prevención de pérdidas y control para diversos tipos de riesgos hacen necesario realizar auditorías especializadas

**Función de seguridad :** Esta función puede ser conducida en 2 niveles : el primero es la evaluación de su rol en el todo del programa de la administración de riesgos, el segundo es una revisión mas detallada del programa de seguridad, el cual examina su alcance, con un detallado análisis.

## **DOCUMENTOS Y EVENTUALES CONTRADICCIONES DE ÉSTOS EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO**

*Lic. Jorge Murillo González*

### **ÍNDICE**

- I. Introducción
- II. Contrato de fletamento
- III. Documentos en el contrato de fletamento
  - A. Póliza de fletamento
  - B. Conocimiento de embarque
  - C. Otros posibles documentos involucrados en el contrato
- IV. Eventuales contradicciones dentro de los documentos
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

## DOCUMENTOS Y EVENTUALES CONTRADICCIONES DE ÉSTOS EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO

*Lic. Jorge Murillo González*

### I. Introducción

El contrato de fletamento es el más importante de los contratos del derecho marítimo según la posición de muchos autores, esto porque todos los demás han ido naciendo en relación con él, así por ejemplo la venta marítima presupone el transporte de las mercancías vendidas; el seguro marítimo nace para garantizar los riesgos durante el transporte, entre otros.

Sin embargo, a pesar de lo relevante para el comercio internacional, el contrato de fletamento no dispone de una disciplina internacional uniforme, pues muchos autores lo han considerado innecesario: se presupone que los empresarios contratantes se encuentran en una posición negociadora equivalente, y por ello no hay una parte contratante más indefensa cuyos intereses deban ser tutelados imperativamente.

El Ordenamiento Jurídico Costarricense muestra un desconocimiento extremo en

materia de transporte y fletamento marítimo de mercadería, además de que la regulación que rige esta materia data del año 1853, por lo que la gran mayoría de los artículos se encuentran obsoletos y prácticamente en desuso.

Lo anterior es ratificado por Yazmín Bastos González, pues para la autora: “en caso de la normativa en vigencia, este asunto es de gran relevancia, pues las leyes y decretos relativos al tema se han venido dictando sin ningún tipo de coordinación, lo que ha originado que disposiciones anticuadas se mantengan hoy día formalmente en vigor, independientemente de reglas más modernas, aunque disímiles. Ello es síntoma, entre otras cosas, de una falta de interés en lo naval, que ha sido característica nuestra en todo momento y que redundo en un desconocimiento global del ordenamiento a todo nivel, con las consecuencias que de ello derivan; como la falta de aplicación de esas normas y la fosilización de sus conceptos por paralización de su evolución conforme al desarrollo práctico de lo regulado.”<sup>1</sup>

---

1. Bastos González, Yazmín: **EL USO DEL CONTRATO DE FLETAMENTO EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL MARÍTIMA COSTARRICENSE**, Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad Panamericana, San José, Costa Rica, 1996, pp. 56-57.

De lo anterior se deduce la importancia de documentos escritos que prevean todas las condiciones en que se va a realizar el fletamento, ello con la intención, entre otras, de llevar a cabo una negociación equitativa entre las partes. Para Ignacio Sancho Gargallo, “por esta razón y en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes contractuales del fletamento suelen recurrir a pactos documentados en pólizas-tipo: así para el fletamento por viaje, para el fletamento por tiempo (cuyo régimen, ante la ausencia de normativa específica, se ha de construir sobre la base de dichas pólizas), y para otras submodalidades de fletamento.”<sup>2</sup>

## II. Contrato de Fletamento

A la palabra fletamento se le han atribuido distintos significados. Así para Daniel Danjon, este término viene del francés *affretement* que significa arriendo ubicándolo como el flete que designa el precio del arrendamiento de los navíos. (...) El fletante pone a disposición del fletador un determinado buque para que éste lo utilice en el transporte de mercancías, poniendo el fletante un navío a disposición de terceros fletadores.<sup>3</sup>

Por su parte, para Fernando Sánchez Calero, el fletamento puede definirse como

“el contrato por el que una persona (fletante) se obliga a poner un buque armado y equipado a disposición de otra (fletador), que se compromete a pagar una determinada cantidad (flete), bien en proporción a un tiempo determinado o bien por la realización de uno o más viajes”<sup>4</sup>

De la lectura de las dos definiciones anteriores, se concluye fácilmente que no nos encontramos ante un solo contrato, ya que las mismas nos inducen a pensar en la existencia de varias clases de fletamento.

Por ello se concluye, que al hablar de fletamento, no se habla de una única modalidad, pues en la realidad existen diferentes tipos diferentes de contratos de fletamento, según el uso que se le quiera brindar al buque. Así pues, por ejemplo, se habla de fletamento por viaje (*voyage charter*), fletamento por tiempo (*time charter*) y de fletamento a casco desnudo (*bareboat charter*).

En el fletamento por viaje el buque quedará a disposición del fletador en la totalidad, ya sea para realizar uno o más viajes. Por su parte el fletador queda obligado a la realización del viaje o los viajes que disponga, también quedará a su cargo custodiar y proteger

2. Sánchez Gargallo, Ignacio: EL CONTRATO DE TRANSPORTE, volumen I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2002, p. 94.

3. Danjon, Daniel: **TRATADO DE DERECHO MARÍTIMO**, Editorial Reus, Tomo II, Madrid, España, 1932, p. 26.

4. Sánchez Calero, Fernando: **INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL**, décimo octava edición, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1995, p. 547

la mercancía transportada, además debe de entregar la mercancía en el puerto que se determinó en el contrato y pagar el precio del flete, salvo cuando se estipule contractualmente que el fletador pagará además los gastos de la carga y de los puertos.

En el fletamento por tiempo el propietario o armador conservará la tenencia del buque, y lo pone a disposición del fletador, armado, dotado y equipado para navegar por un determinado tiempo, en la realización de los viajes que éste le indique en el transporte de mercancías o personas, dentro del término y las condiciones previstas en el contrato o en las que los usos establezcan.

Finalmente, tenemos el contrato de fletamento a casco desnudo, llamado comúnmente contrato de arrendamiento o de locación, porque el propietario del buque, sin armarlo ni equiparlo lo entrega al fletador para que lo use a su conveniencia por el tiempo contratado, obligándose el locatario o fletador por ese uso o goce un precio determinado.

Algo importante de señalar es que “los contratos de fletamento suelen utilizarse en el transporte marítimo de cargas homogéneas realizado por buques tramp (literalmente: vagabundos), que no tienen asignada una línea regular de transporte, sino que

se ofrecen para verificar el transporte de mercancías a cualquier puerto, según las condiciones que determina en cada momento el mercado de fletes. En cambio y por lo general, se recurre a líneas regulares para el transporte de cargamentos heterogéneos, a través de transporte marítimo en el régimen de conocimiento de embarque.”<sup>5</sup>

## III. Documentos en el contrato de Fletamento

A pesar de que es una cuestión discutida doctrinalmente, ha de afirmarse que el contrato de fletamento es consensual. Un contrato sólo se reputa formal cuando el ordenamiento condiciona la validez y eficacia del mismo a la observancia de una determinada forma en la manifestación de voluntad de los contratantes, y éste no es el caso del fletamento: “la norma no sanciona con la nulidad el contrato de fletamento que no se documente en póliza. Antes bien, el propio Código admite la existencia del contrato sin haberse firmado la póliza, y en tal caso el fletamento se entiende celebrado según lo que resulte del conocimiento de embarque.”<sup>6</sup>

Lo anterior es confirmado por Ignacio Arroyo Martínez para quién, “el fletamento no es un contrato formal, se perfecciona por el consentimiento. La emisión de la póliza no es un requisito esencial y sirve para probar la existencia y condiciones del contrato. (...)”

5. Sánchez Gargallo, Ignacio: Op. Cit., p. 88

6. Sánchez Gargallo, Ignacio: **Op. Cit.**, p. 104



De acuerdo con el principio contractual que, en el doble sentido anteriormente indicado de tráfico libre y régimen dispositivo caracteriza el contrato de fletamento, las partes pueden incluir en la póliza todos los pactos y condiciones que tengan por conveniente.”<sup>7</sup>

Para Francisco Farina, “aunque la póliza es el documento fehaciente respecto a las estipulaciones convenidas, la prueba del contrato y de sus condiciones puede articularse también mediante los medios de prueba admitidos en Derecho con carácter general para las obligaciones y contratos”. La póliza contiene las condiciones contractuales, mientras que el conocimiento tiene otra función que viene a ser una especie de complemento de la póliza.<sup>8</sup>

Así pues, según lo dicho anteriormente, entran en juego en el contrato de fletamento, dos documentos básicos, a saber la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, los cuales analizaremos con un poco más de detenimiento seguidamente.

#### A. Póliza de Fletamento

Tal y como se dijo, el contrato de fletamento es consensual, sin embargo para efectos

probatorios de la existencia del mismo, puede existir un documento llamado póliza (“charter-party” en inglés, que procede de la antigua denominación italiana “carta partita”). Esta póliza ha de estar firmada por los contratantes y contiene junto a la descripción de los elementos esenciales del contrato, las condiciones o cláusulas que las partes libremente estipulen.

Para Guillermo Jiménez Sánchez, “la póliza puede contener los pactos que las partes estimen por conveniente. Pero, además de éstos, el Código señala que debe incluir los siguientes datos: clase, nombre, porte, pabellón y puerto de matrícula del buque; nombres y domicilios del capitán, del naviero o fletante y del fletador, el puerto de carga y descarga, la cabida, la cantidad, peso o medida que las partes se obliguen respectivamente a cargar y a conducir; el flete que deberá pagarse; el tanto de capa del capitán, los días convenidos para la carga y descarga; y las estadías y sobreestadías.”<sup>9</sup>

Para Von Gierke, la póliza es “solamente un documento que prueba sobre el contenido del contrato de fletamento (no entra en la categoría de los títulos valores).”<sup>10</sup>

Para algunos autores, debe incluirse dentro del contrato de fletamento, además de las

7. Arroyo Martínez, Ignacio: CURSO DE DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN, volumen II, Editorial Civitas, Madrid, España, 2001, p. 1304.

8. Farina, Francisco, citado por Pérez, Víctor: **VOCABULARIO DE DERECHO MARÍTIMO**, versión preliminar para ser usada en el curso de Contratación Comercial Internacional. Postgrado de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2006, p. 414.

9. Jiménez Sánchez, Guillermo: **DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN**, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1995, p. 792

condiciones generales estipuladas libremente por las partes, una identificación clara y precisa del buque que se utilizará y éste debe tener la característica de navegabilidad, es decir, que es apto para cumplir con el fin propuesto.

La póliza, ha sido definida como el documento donde consta un contrato de fletamento; se realiza frecuentemente en documentos impresos con cláusulas particulares: “Para los fletamentos normales por viaje rigen... determinadas póliza tipo, que establecen las condiciones... se fijan en ellas – por ejemplo – las cláusulas generales referentes al embarque, los gastos de embarque (que suelen ser a cargo del armador), los días de plancha y el turno conforme a los usos del puerto estipulándose además las demoras (sobreestadías), el “despatch money” o premio a la velocidad de las operaciones de cargas y descarga, el pago del flete, con el anticipo del tercio al embarque y los dos tercios a la entrega, etcétera. Estas estipulaciones de las pólizas-tipo son conocidas por los cargadores por sus denominaciones particulares y por esto con la referencia o mención del título de cada póliza sin necesidad de más trámites, se entienden aceptadas las condiciones del contrato. Estas pólizas-tipo varían según la clase de tráfico comercial.”<sup>11</sup>

Para Atilio Malvagni, “en la práctica marítima internacional, como ya se ha dicho, el contrato se hace por escrito, sobre la base de formularios preparados por organizaciones de armadores, sistema que tiene la gran ventaja de que sus cláusulas, aparte de ser el producto de la experiencia de muchos años, han sido motivo de interpretación de los tribunales de los países marítimos más importantes, los que así han fijado su significado y alcance.”<sup>12</sup>

Según el autor Fernando Sánchez Calero, “en la práctica se adoptan determinados tipos o modelos de pólizas. Para el fletamento por tiempo está muy extendida en el tráfico la Baltim (elaborada y revisada por la Baltic and White Sea Conference). Para el fletamento por viaje se utiliza con frecuencia la Gencon (así en el caso de la sent. De 7 de junio de 1962) y la Lutetia (ésta en particular en Francia). También existen modelos de pólizas para el comercio de ciertas mercancías, como el trigo (Centrocon, Dencon, etc.), el carbón (Medcon, Sovcoal, Coastcon, etc.), la madera (Scanfin, Binacon), mineral del hierro (Pyrites Huelva, U K Continent), etc. Estos formularios, basados muchos de ellos en el Derecho marítimo inglés, resultan en ocasiones de comprensión difícil. Además dan lugar a ciertos problemas en

10. Von Gierke, Julius, DERECHO COMERCIAL Y DE LA NAVEGACIÓN, Tomo I, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1957, p. 263

11. Pérez, Víctor: Op. Cit., pp. 413-414.

12. Malvagni, Atilio: DERECHO MARÍTIMO: CONTRATOS DE TRANSPORTE POR AGUA, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 75

la práctica por la utilización en el caso del fletamento por viaje de modelos nacidos para el fletamento por tiempo. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha estudiado detenidamente las distintas cláusulas usuales en las pólizas de fletamento, habiendo llegado a la conclusión de que no son satisfactorias y, por ello, se ha propuesto la redacción de nuevas cláusulas.<sup>13</sup>

Existen además de estas pólizas-tipo que hemos mencionado, muchas pólizas privadas, llamadas pólizas de casa. Algunos fletadores muy importantes tienen sus propios modelos, y ocurre lo mismo con algunas grandes compañías navieras que únicamente utilizan sus propios formularios. Tanto los contratos tipo como las pólizas privadas se complementan con multitud de cláusulas adicionales, o anexas, algunas de las cuales tiene también un texto normalizado y muchas se redactan especialmente para la naviera que la necesite.

## B. Conocimiento de embarque

Es quizá el documento más importante dentro del contrato de fletamento, pues al existir un contrato de fletamento sin la existencia de la póliza de fletamento, el conocimiento de embarque es el documento que prueba fehacientemente la existencia del contrato.

El vocablo tiene su origen en la expresión reconocimiento. No otra cosa significó en su aceptación prístina, según la definición de Emerigón: “un reconocimiento que hacía el capitán de las mercaderías cargadas en el navío”.<sup>14</sup>

Según Ignacio Sancho Gargallo, “junto a la póliza de fletamento, durante la ejecución del contrato se origina también otro documento: el conocimiento de embarque. Su contenido se establece en el art. 706.1 CCom, que, entre otras, se refiere a las menciones necesarias para identificar el buque y la carga. Sin embargo, aunque este precepto ordena que el conocimiento se extienda por el capitán y el cargador, lo más usual es que sólo lo emita y firme el capitán.”<sup>15</sup>

Ricardo Espejo de Hinojosa lo define como, “el recibo que da el capitán a cada uno de los fletadores, de haberse hecho cargo de las mercancías para su transporte. A diferencia, pues, de la póliza, que, como acabamos de indicar, puede substituirse por el conocimiento de embarque, éste no puede substituirse por aquélla, en razón a que el conocimiento acreditará siempre la entrega real y efectiva de las mercancías, mientras que la póliza, por su carácter consensual, sólo acreditará el compromiso de hacer dicha entrega, y en

su defecto, servirá para pedir la rescisión del contrato y obtener la debida indemnización.”<sup>16</sup> Este documento ha sido definido según el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, como “un documento que hace prueba del contrato de transporte náutico y acredita que el porteador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercaderías, y en virtud del cual éste se compromete a entregarlas contra prestación de documento”.<sup>17</sup>

Para Guillermo Jiménez Sánchez, “el art. 706 c. de c. establece que el capitán y el cargador del buque tendrán obligación de extender el conocimiento, en el cual se expresará: 1) nombre, matrícula y porte del buque; 2) el del capitán y su domicilio; 3) el puerto de carga y el de descarga; 4) el nombre del cargador; 5) el nombre del consignatario; si fuere nominativo; 6) la cantidad, calidad, número de bultos y marcas de la mercadería; y 7) el flete y la capa contratados.”<sup>18</sup>

Por su parte, el Código de Comercio de Costa Rica de 1853, establece que el conocimiento de embarque debe contener: 1. El nombre, domicilio y firma del transportador; 2. El nombre y domicilio del cargador; 3. El

nombre y domicilio de la persona a cuyo nombre se expida el conocimiento o la indicación de ser al portador; 4. El número de orden de conocimiento; 5. La especificación de los bienes que deberán transportarse, con la indicación de su naturaleza, calidad y demás circunstancias que sirvan para su identificación; 6. La indicación de los fletes y gastos del transporte, de las tarifas aplicables y la de haber sido pagados los fletes o por cobrarse; 7. La mención de los puertos de salida y de destino; 8. El nombre y la matrícula del buque en que se transporten, si se tratase de transporte por nave designada; 9. Las bases para determinar la indemnización que el transportador debe pagar en caso de pérdida o avería.

Ahora bien, muchos autores coinciden en indicar que este documento comenzó siendo un simple y mero recibo de la carga a bordo. Sin embargo, poco a poco, fueron incorporándosele ciertas atribuciones hasta llegar a considerarse hoy día un verdadero título valor con las características de literalidad, autonomía, causalidad, circulación, etc.

Actualmente el conocimiento no se limita a conocer cuál es la carga que ingresa al buque y en qué condiciones se encuentra, sino

13. Sánchez Calero, Fernando: Op. Cit., pp. 548-549

14. Garo, Francisco J: DERECHO COMERCIAL. COMPRAVENTAS MARÍTIMAS, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 608.

15. Sánchez Gargallo, Ignacio: Op. Cit., 106-107

16. Espejo de Hinojosa, Ricardo: CURSO DE DERECHO MERCANTIL, duodécima edición, Librería Hispano – Americana, Barcelona, España, 1947, p. 432

17. Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, artículo III, párrafo I.

18. Jiménez Sánchez, Guillermo: Op. Cit., pp. 792-793.

que contiene todas las normas aplicables al contrato libremente aceptadas o consentidas por cargador y naviero.

Tal y como lo señala Luis Beltrán Montiel, “el conocimiento de embarque es el documento a través del cual, sin perjuicio de sus restantes funciones, se instrumentaliza el contrato de transporte de mercaderías por agua. Es el equivalente de la carta de porte en el transporte aéreo o terrestre, pero su evolución histórica, típica por cierto, y las diversas funciones que le son propias, lo distinguen de manera sustancial de esos otros instrumentos. En efecto, el conocimiento comenzó siendo un simple y mero recibo de la carga a bordo. Posteriormente, se fueron incorporando a él las condiciones de transporte y paralelamente al auge que a partir del siglo pasado se vino advirtiendo en una de las fases clásicas de la actividad económica, la de la circulación de bienes, hicieron su aparición en este documento, cada vez con mayor profusión, gran cantidad de cláusulas por cuya acción se minimizaba, de manera harto arbitraria, la esfera de responsabilidad que compete al porteador.”<sup>19</sup>

Hoy día este documento puede llegar a cumplir tres funciones fundamentales, a saber: el recibo de la mercadería a bordo, el título representativo de la mercadería a bordo y el documento que instrumenta el contrato de transporte.

Lo anterior ha sido confirmado por Atilio Malvagni, para quien “el conocimiento es uno de los documentos más importantes en el comercio marítimo. Sus funciones son de tres clases: a) constituye una prueba del contrato de fletamento; b) también lo es de que el buque ha recibido la carga; c) es instrumento de crédito. (...) Debemos, sin embargo, advertir que las funciones referidas no pueden ser netamente separadas, pues sus diversos elementos aparecen entremezclados, lo que obliga a analizarlos, aun a riesgo de repetirse, al estudiar cada una de ellas.”<sup>20</sup>

Por otra parte, tal y como lo dispone el Reglamento al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA), “el conocimiento de embarque podrá ser al portador, nominativo o a la orden.”<sup>21</sup> El conocimiento de embarque al portador concede derecho de retirar las mercancías de la aduana a la persona que lo presente. No figura consignatario alguno, ni se emite a la orden del cargador y los derechos se transfieren con la mera entrega del documento.

En el conocimiento nominativo se hace constar el nombre del consignatario de la carga, que es consecuentemente, la persona facultada para exigir al transportador la entrega de la mercadería en el puerto de destino. Este

19. Montiel, Luis Beltrán: CURSO DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN, 5ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 299.

20. Malvagni, Atilio: Op. Cit., p. 127

21. Reglamento al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA), sección 5.02, párrafo a, punto 4.

consignatario designado expresamente en el conocimiento puede transmitir a terceros sus derechos y acciones como tal, pero debe ajustarse a las normas de cada país sobre la cesión de derechos.<sup>22</sup>

Por otra parte, el conocimiento de embarque a la orden, lo retirará la persona cuyo nombre figure en el conocimiento precedido de dicha expresión, o aquella de cuyo favor sea endosado. Si la consignación es simplemente a la orden, sin que esta expresión vaya seguida de ningún nombre, se entenderá que es al remitente o embarcador, y si en este caso el conocimiento estuviere endosado en blanco, se entenderá que la consignación es al portador. Este tipo es el más usado en la práctica, consta que el documento se emite a la orden del cargador o del consignatario, y todos los derechos inherentes se transfieren mediante el correspondiente endoso. Únicamente este tipo de conocimiento requiere endoso.<sup>23</sup>

Luis Beltrán Montiel, clasifica por su parte, a los conocimientos de embarque, como: a) Conocimiento embarcado; b) Conocimiento recibido para embarque; c) conocimiento directo y d) órdenes de entrega.<sup>24</sup>

Define el conocimiento embarcado como aquel que se entrega una vez que las

mercaderías están a bordo del buque. El conocimiento recibido para embarque, se emite, según el autor, cuando el cargador entrega las mercaderías en los depósitos del transportador, y no a bordo del buque encargado de conducirlos. Entre tanto el conocimiento directo, es el que se emite para cubrir el transporte de mercaderías sujetas a trayectos realizados por distintos medios de transporte.

### C. Otros posibles documentos involucrados en el contrato

Para Guillermo Jiménez Sánchez, existen en el contrato de fletamento, además de los hasta ahora vistos, las llamadas órdenes de entrega, que el autor define como: “títulos fraccionarios del conocimiento que dan derecho a obtener una parte de las mercancías, precisamente aquella a la que se refieren. Son útiles en el caso de que el cargamento se venda a distintos compradores antes de llegar a destino. En este supuesto no se puede entregar el conocimiento a ninguno de ellos, pero sí estas órdenes de entrega. La aceptación de la orden de entrega por su destinatario opera una novación del conocimiento sustituyéndolo por ésta en la parte del cargamento a que

22. Reglamento al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA), sección 5.02, párrafo a, punto 4.

23. González Lebrero, Rodolfo, citado por Bastos González, Yazmín: Op. Cit., p. 107

24. Bastos González, Yazmín: Op. Cit., pp. 56-57

se refiere. Además, respecto de esta porción de carga actúan válidamente como títulos de tradición.”<sup>25</sup>

Para Francisco J. Garo estas órdenes de entrega (delivery orders) son las que con más frecuencia reemplazan a los conocimientos. Según éste, “se comprende, entonces, que también sirvan a la finalidad de individualizar la mercadería vendida – sobre todo en la CIF – lo que será posible y útil en el supuesto citado de un cargamento global destinado a distintos compradores, o, también, de un conocimiento en que conste que los efectos a transportarse se reparten sobre otros navíos que el designado o a designarse.”<sup>26</sup>

La jurisprudencia francesa señala la existencia de los “bons de livraison” o bonos de entrega, y los define como un título emitido por el vendedor solo, no contiene ninguna obligación del porteador. Es una orden dada por su emisor al consignatario de la carga, de entregar una parte de ella al portador, o una autorización dirigida al capitán, de entregar una parte de la carga al portador. Ellos confieren, a lo más, un simple derecho de crédito contra el cargador o agente de depósito de la mercadería, o el de presentarse al detentador de la cosa comprada para recibirla, o rehusarla si no se

conformase a las condiciones del contrato. Este mismo Francisco J. Garro, habla además de la existencia de certificados de calidad y de pólizas de seguro. En relación al primero de estos documentos, señala: “en procura de evitar cuestiones sobre la calidad de las mercaderías recibidas, que antes se suscitaban con frecuencia debido a que no se las tenía a la vista al adquirirlas, y con el propósito de llevar la seguridad de que dicha calidad es la pactada, los vendedores remiten en la actualidad documentos expedidos por autoridades del lugar de embarque y denominados certificados de calidad. Cuando la obtención y presentación es pactada por las partes, constituye un elemento esencial para la ejecución del contrato. Respecto al contenido y eficacia de dichos certificados, que como la misma palabra lo expresa consignan la calidad de las mercaderías a remitirse, deberá estarse a lo que convengan las partes. Ellas decidirán – en su caso – qué autoridad del país o lugar de embarque será la encargada de otorgarlo.”<sup>27</sup>

Refiriéndose a la póliza de seguro, el autor manifiesta: “La póliza del seguro es otro documento que debe ser remitido por el vendedor al comprador, cuando, como ocurre en las CIF, así se ha pactado. Este cumplimiento resulta esencial. En

25. Ver al respecto Beltrán Montiel, Luis: Op. Cit., pp- 301-302. El tema de las órdenes de entrega, se analizará un poco más adelante cuando se trate de otros documentos incluidos en el contrato de fletamento.

26. Jiménez Sánchez, Guillermo: Op. Cit., pp. 792-793.

27. Garo, Francisco J: Op. Cit., p. 662

consecuencia, su no remisión al comprador, o la omisión de algunos de los requisitos que necesariamente debe llevar (arts. 504 y 1155, Cód de Com), lo autorizan a pedir la rescisión del contrato, o cuando menos, a rehusar el pago de la mercadería hasta tanto no se verifique la ejecución regular y completa de dicha obligación. (...) La póliza de seguro puede, sin embargo, ser sustituida por un certificado entregado por el asegurador con todos los requisitos capaces de poner en condiciones al comprador o sus causahabientes para ejercitar las acciones pertinentes, de tal modo que el contrato no pueda ser puesto en duda.”<sup>28</sup>

Otros autores, tales como Luis Beltrán Montiel hablan sobre la existencia de cartas de garantía, definiéndolas como “instrumentos por los cuales el cargador se obliga frente al transportador a resarcirlo de cualquier perjuicio que experimente en el punto de destino, en conexión con las observaciones que pretendió introducir en el conocimiento. (...) las cartas de garantía son válidas, en principio, pero exclusivamente entre cargador y transportador, de suerte que de ningún modo se las puede oponer al consignatario, ni a terceros extraños a la relación originaria.”<sup>29</sup>

28. Garo, Francisco J: Op. Cit., p. 650.

29. Garo, Francisco J: Op. Cit., pp. 652-653.

30. Montiel, Luis Beltrán: Op. Cit., p. 309

#### IV. Eventuales contradicciones dentro de los documentos

En la práctica marítima pueden suscitarse ciertos conflictos de diversa índole, así por ejemplo Atilio Malvagni analiza un aspecto importante, cual es la transferencia del buque, que puede presentarse una vez firmada la póliza de fletamento, y antes de que empiece a cumplirse el contrato por parte del fletador, o sea antes de haber empezado la carga. Según el autor, “aún no firmada la póliza de fletamento, si el buque se ha empezado a cargar y se vende durante esa operación, el adquirente tendría la obligación de respetar ese contrato, del cual evidentemente no podría alegar desconocimiento, con mucho mayor razón cuando ya se habrían otorgado conocimientos, que a falta de la póliza, funcionan en lugar de ella como contrato de fletamento.”<sup>30</sup>

Otro tipo de problema que puede presentarse en esta materia, y que ha sido ampliamente discutido en la doctrina europea, es en relación con el hecho de que si el conocimiento de embarque debía considerarse en relación de dependencia o no con respecto a la póliza de fletamento. Sobre el particular, existen posiciones a favor y en contra, sin que exista al fin y al cabo una posición única al respecto.

Para Guillermo Jiménez Sánchez, “en caso de discordancia entre la póliza de fletamento y el conocimiento parece prima este último, por ser de fecha normalmente posterior. En caso de discordancia entre ejemplares del conocimiento hacen fe contra el capitán o el naviero los que posean cargador o consignatario firmado por aquéllos; y contra el cargador, los que posean capitán y naviero firmados por aquél.”<sup>31</sup>

No compartimos a priori, la opinión de este autor, pues en muchas ocasiones la solución no es tan simple, pues se tiene que analizar con detenimiento, cual es exactamente el motivo de discordia, y determinar si es posible solucionar el conflicto tomando como base el conocimiento de embarque, porque puede suceder, que éste último documento no haya estipulado nada al respecto de lo que se discute.

Según Luis Beltrán Montiel, pueden existir enfrentamientos entre la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, para él, “el art. 305 encara este particular problema estableciendo que las cláusulas de la póliza de fletamento prevalecen, entras las partes, sobres las del conocimiento, salvo pacto en contrario. Los efectos de este principio quedan perfectamente aclarados en el segundo párrafo de dicha norma, del cual resulta que,

frente a terceros, las cláusulas de la póliza de fletamento sólo tendrán prevalencia sobre las del conocimiento cuando en éste se inserte la mención “según póliza de fletamento”.<sup>32</sup>

Por su parte Ostoja señala, “de establecerse diferencias: si circula o no el conocimiento: hay que distinguir según que las cuestiones que se ventilen sean entre armador y fletador o entre el armador y el portador del conocimiento. En principio, este último no ha tomado parte alguna en la conclusión del contrato; sólo tiene derechos en virtud de su título. Si una cláusula de la póliza no se encuentra reproducida en el conocimiento, parece que no puede ser opuesta al portador de este, aunque el conocimiento haga referencia a dicha cláusula, siempre que no exija su aplicación o su compromiso...”<sup>33</sup>

Por su parte, para Atilio Malvagni, pueden existir también discordancias entre la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque. Para él, “cuando se han otorgado ambos documentos, en los casos explicados en los anteriores párrafos, puede ocurrir que existan discordancias entre las cláusulas de uno y otro. Esta situación se ha producido en múltiples casos, dando lugar a una jurisprudencia abundante y contradictoria de los tribunales de los principales países marítimos, en cuyos códigos de comercio no

31. Malvagni, Atilio: **Op. Cit.**, p. 112.

32. Jiménez Sánchez, Guillermo: **Op. Cit.**, p. 793

33. Montiel, Luis Beltrán: **Op. Cit.**, p. 303

existe una disposición análoga a la de nuestro art. 1029, Cód. Com., que dice: “Aunque haya mediado póliza de fletamento, no responde el portador del conocimiento por ninguna condición u obligación especial contenida en la póliza, a no ser que el conocimiento tuviere la cláusula: según póliza de fletamento.”<sup>34</sup>

Para tratar de explicar con claridad este asunto, es importante distinguir dos casos diferentes, tal y como lo ha hecho la misma jurisprudencia al igual que la doctrina: por un lado que el conflicto surja entre tenedor del conocimiento y armador, o entre fletador y fletante, cuando el primero es al mismo tiempo tenedor del conocimiento.

En el primero de los casos, cuando el tenedor del conocimiento no es el fletador de la póliza, sino un tercero destinatario de la mercadería o endosatario del documento, no puede el armador fletante oponerle las cláusulas de la póliza de fletamento, en la cual no ha intervenido, en otras palabras, no es parte y por o tanto le es desconocido el contenido del mismo. En este caso concreto funciona el principio de la autonomía de la póliza como documento representativo de la mercadería.

Según autores como Atilio Malvagni el armador puede obligar al tenedor del conocimiento a cumplir una condición especial contenida en la póliza, si añade en el conocimiento: “según

la póliza de fletamento” u otra expresión análoga, según se desprende del artículo 1029 del Código de Comercio argentino, transcrito líneas arriba.

Para Luis Beltrán Montiel, “aun cuando en el conocimiento obrase la cláusula “según póliza”, serían nulas todas las estipulaciones que implicaran ampliar la esfera de irresponsabilidad que los arts. 272 y 275 consagran en favor del transportador, o reducir los montos de la limitación previstos por el art. 278, o alterar el régimen que con carácter de orden público, establece nuestro sistema legal. El principio sentado por el art. 280, armónicamente conjugado con el del art. 284, abona nuestro criterio en relación a la etapa específica del transporte, o sea, la que se extiende desde la carga hasta la descarga de las mercaderías.”<sup>35</sup>

Se ha discutido, sin embargo, si la expresión mencionada, puede poner en vigor todas las estipulaciones de la póliza de fletamento, aun y cuando esta frase no entra en ningún tipo de detalle. En la práctica comercial, se suele escribir a mano en el conocimiento la leyenda: “flete y otras condiciones según la póliza de fletamento (“freight and all other conditions as per charter”). Estas otras condiciones de la póliza no especificadas, que en la práctica suelen originar conflictos, son las relativas a la duración de las estadías, modo de contarlas e indemnizaciones previstas, cláusulas

34. Ostoja, mencionado por Pérez, Víctor: op. Cit., p. 382.

35. Malvagni, Atilio: **Op. Cit.**, p. 131-132

compromisorias, cláusulas de exoneración, etc., que, o pueden ser distintas de las previstas en los conocimientos, o pueden completar vacíos que ellos han dejado.<sup>36</sup>

La jurisprudencia extranjera se encuentra completamente dividida al respecto, pues mientras una considera ligado al tenedor del conocimiento por todas las cláusulas de la póliza de fletamento (tribunales franceses e italianos), otra solamente lo considera obligado por las condiciones de la póliza relativas al pago del flete, sobrestadías y modo de descargar, y para todo lo demás cree necesario una referencia expresa a la cláusula respectiva (tribunales belgas, alemanes, ingleses y también italianos).

Consideramos que no es posible una solución concreta en todos los casos, pues se debe analizar todas las situaciones de hecho que puedan influir para poder llegar a una solución lo más justa posible. En primera instancia, solamente se aplicaría la cláusula de la póliza cuando el punto no estuviera previsto ya en el conocimiento. Esto es lo que ocurre en la práctica con la forma de pago del flete, plazo de estadías y sobreestadías, despatch Money y modo de descarga que se establecen en la póliza de fletamento, pero no en el conocimiento, circunstancias que constituye el fundamento de la jurisprudencia.<sup>37</sup>

Somos del criterio de que si existe un conocimiento de embarque que lleva la leyenda “según póliza de fletamento”, lógicamente debe prevalecer íntegramente todo el contenido de la póliza sobre las cláusulas del conocimiento. En este caso el conocimiento no cumple el papel del contrato de fletamento, solamente la función de recibo de la carga.

La situación se presenta en forma muy distinta cuando la persona que aparece como fletador en la póliza de fletamento es la destinataria de la mercadería y tenedora del conocimiento. En este caso, ésta, no puede alegar desconocimiento de las cláusulas de la póliza que modifican, amplían o derogan otras del conocimiento. Pero como el conocimiento es otorgado con posterioridad a la póliza hay autores que consideran que las estipulaciones de ésta deben ceder ante las de aquél.

Acá, al igual que lo que pasa en el primer caso, habrá que investigar cuál ha sido la intención de las partes. Cuando el conocimiento no lleva la leyenda mencionada, no debe dejarse de tener en cuenta, sin embargo, que el principal papel que desempeña el conocimiento, cuando media una póliza de fletamento, es el de un recibo de la carga. Sobre esa base habrá que interpretar la intención de las partes para saber si ellas

36. Montiel, Luis Beltrán: *Op. Cit.*, p. 303.

37. Malvagni, Atilio: *Op. Cit.*, p. 133

han querido modificar el contenido de la póliza con alguna cláusula del conocimiento que aquélla no contiene, lo que podría resultar, por ejemplo de la circunstancia de que esta cláusula modificatoria apareciera manuscrita en el conocimiento. En cambio, si la póliza contiene la cláusula que estipula que el capitán firmará los conocimientos, sin perjuicio de lo convenido en ella (as presented without prejudice to the charter party), ninguna estipulación de un conocimiento podrá prevalecer. La jurisprudencia extranjera, sobre la base de interpretación de los hechos, resulta contradictoria.<sup>38</sup>

Creemos que el arbitraje, cumpliría en este tipo de controversias, un papel fundamental, de allí que muchos autores consideren realmente importante a la hora de resolver los conflictos que se derivan de la ejecución de los contratos de fletamento, la incorporación de cláusulas de sometimiento a arbitraje y determinación de la ley aplicable.

Sin embargo, “la jurisprudencia ha señalado que la cláusula de sumisión a arbitraje pactada en la póliza de fletamento sólo obliga a quienes son parte en este contrato (el fletante y el fletador). No vincula, en cambio,

al destinatario de la mercancía (ni a su aseguradora), por más que el conocimiento de embarque contenga una cláusula de incorporación de las cláusulas de la póliza de fletamento.”<sup>39</sup>

## V. Conclusiones

A pesar de la importancia que tiene el derecho marítimo en el desarrollo económico de un país, máxime tomando en cuenta el mundo globalizado en el que nos encontramos, Costa Rica parece ser ajena a esa realidad, pues tratándose específicamente del contrato de fletamento, la regulación que se le da ha sido escasa y prácticamente no responde a las necesidades de hoy día.

Analizamos brevemente los documentos que se requieren para poder llevar a cabo dicho contrato, para llegar a la conclusión de que básicamente se requieren dos documentos, la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque.

Vimos que el primero de ellos, es decir, la póliza de fletamento, no cumple una condición necesaria para poder llevar a cabo el fletamento, de allí que se hable de

38. La jurisprudencia extranjera ha establecido con relación al tema los siguientes fragmentos: “La cuestión de saber si las estipulaciones del conocimiento prevalecen sobre las de la póliza de fletamento es resuelta afirmativamente cuando el conocimiento es presentado por tercero tenedor, que ha sido extraño a la redacción de la póliza; aún no existiendo contradicción positiva entre ambos documentos, las cláusulas de la póliza no tienen efecto contra el tenedor del conocimiento” (Rouen, 22 ag. 1885)

39. Malvagni, Atilio: *Op. Cit.*, pp. 135-136.

un contrato consensual, y que las partes no requieran de un formalismo legal para que nazca el contrato.

Se determinó que a falta de la póliza de fletamiento el contrato se prueba, con el conocimiento de embarque, dándose por lo tanto a éste, la condición sine qua non para desarrollarlo.

Tal y como se analizó, pueden existir una serie de conflictos a la hora de desarrollar el contrato, se hizo especial atención a los problemas que pueden surgir entre la póliza de fletamiento y el conocimiento de embarque, en el sentido de que no concuerde lo que dice la póliza con lo estipulado en el conocimiento, sin embargo se determinó que para tratar de resolver estas posibles contradicciones se tiene que analizar cada caso concreto, además de determinar entre quienes surge el conflicto, si es entre fletador y armador, o por el contrario si se trata del fletador con el

portador del conocimiento, pues la solución del conflicto es diferente en ambos casos.

Por otra parte, considero que deberían de existir formas de evitar este tipo de conflictos entre ambos documentos, de manera que las condiciones de la negociación sean las más claras posibles, para evitar, tal y como se da en la realidad, conflictos innecesarios entre las partes intervinientes. Considero que una forma de lograrlo es que el conocimiento de embarque se realice tomando en consideración todas las disposiciones que las partes acordaron en la póliza de fletamiento, y que se estipule también en ésta última cuales deben serán los deberes y obligaciones entre el armador y el portador del conocimiento.

Existe en nuestro país no solamente una escasa regulación del contrato, sino que también son pocos los doctrinarios costarricenses que profundicen en la materia y realicen una investigación seria y responsable.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- Arroyo Martínez, Ignacio: **CURSO DE DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN**, volumen II, Editorial Civitas, Madrid, España, 2001
- Danjon, Daniel: **TRATADO DE DERECHO MARÍTIMO**, Editorial Reus, Tomo II, Madrid, España, 1932.
- Espejo de Hinojosa, Ricardo: **CURSO DE DERECHO MERCANTIL**, duodécima edición, Librería Hispano – Americana, Barcelona, España, 1947.
- Garo, Francisco J: **DERECHO COMERCIAL. COMPRAVENTAS MARÍTIMAS**, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956.
- Jiménez Sánchez, Guillermo: **DERECHO MERCANTIL: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN**, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1995.
- Malvagni, Atilio: **DERECHO MARÍTIMO: CONTRATOS DE TRANSPORTE POR AGUA**, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956.
- Montiel, Luis Beltrán: **CURSO DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN**, 5ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- Pérez, Víctor: **VOCABULARIO DE DERECHO MARÍTIMO**, versión preliminar para ser usada en el curso de Contratación Comercial Internacional. Postgrado de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2006.
- Sánchez Calero, Fernando: **INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL**, décimo octava edición, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1995.
- Sánchez Gargallo, Ignacio: **EL CONTRATO DE TRANSPORTE**, volumen I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2002.
- Von Gierke, Julius, **DERECHO COMERCIAL Y DE LA NAVEGACIÓN**, Tomo I, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1957.

### Tesis

- Bastos González, Yazmín: EL USO DEL CONTRATO DE FLETAMENTO EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL MARÍTIMA COSTARRICENSE, Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad Panamericana, San José, Costa Rica, 1996.
- Leyes y Códigos
- Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento.
- Reglamento al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA).
- Código de Comercio de 1853

## ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL APLICABLES EN LA NUEVA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.

*M.Sc. Mario Peña Chacón<sup>1</sup>*

*“El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante, se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. La invitación es amplia abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”*

*Ricardo Luis Lorenzetti.*

Los principios de prevención, precaución, contaminador pagador y reparación o solución a la fuente, necesitan de normas procesales que les permita su correcta aplicación en los procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental. Es claro que la prevención es el principio fundamental y la vez, la regla de oro tanto para el derecho de daños como en el derecho ambiental. Frente al daño nace la obligación de reparar, frente al riesgo nace la de prevenir. La experiencia indica que siempre será menos costoso prevenir que recomponer el daño al ambiente, esto por las singulares particularidades de este tipo especial de daño. Se debe prevenir aún el daño que es científicamente incierto, recayendo el deber de reparación en aquel

o aquellos sujetos que por acción u omisión hayan participado en su consecución, siendo el deber de la Administración Pública prevenir el daño al ambiente y perseguir, por todos los medios posibles, a los sujetos culpables de su detrimento, así como buscar su reparación, debiendo además abstenerse de realizar acciones y omisiones en su funcionamiento que lleguen a afectarlo, pues de ser así, sería responsable de la reparación ambiental y de indemnizar los derechos subjetivos vulnerados a sus administrados.

Para poder darle cumplimiento a lo anterior es necesario que los procesos donde se ventile la responsabilidad por daño ambiental, cuenten al menos con un sistema

1. Consultor legal ambiental, profesor de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, mariopena@racsa.co.cr



de legitimación procesal abierto donde se reconozcan los intereses difusos y colectivos, con normas especiales para su correcta integración y conformación; también es necesario dotar de mayores poderes al juez para la toma de medidas cautelares de forma expedita e inmediata que prevenga el posible daño o en su caso, paralice sus efectos, aún en aquellos supuestos científicamente inciertos; en la medida de lo posibles la carga de la prueba debería invertirse recayendo en aquella parte procesal a la que se le achaca el daño, y cuando esto no sea posible, debería acudir a la efectiva colaboración de todos los afectados recayendo la carga en aquella parte procesal a la que le sea menos oneroso su evacuación; se le debe dar especial valor a la prueba indirecta de presunciones, a la prueba científica-técnica, y a la utilización de la sana crítica racional en su valoración; las sentencias ideales son aquellas con eficacia erga omnes cubriendo a todos los que se encuentren en idéntica situación fáctica, y cuya ejecución, por motivos del interés público ambiental, sea aún oficiosa.

El fin del presente ensayo es verificar si los principios antes descritos se encuentran contenidos dentro del nuevo proceso contencioso administrativo creado con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, jurisdicción que

dentro de sus competencias conocerá de la responsabilidad por daño ambiental que se le impute a la Administración Pública.

### 1. EL NUEVO CODIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El primero de enero de 2008 entró en vigencia el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo<sup>2</sup> (CPCA) por medio del cual se pretende dotar de normas procesales modernas a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa creada por el artículo 49 de la Constitución Política, cuyo fin es controlar judicialmente la legalidad de las actuaciones y omisiones de la Administración Pública, siendo su antecedente más cercano la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1966.<sup>3</sup>

El nuevo código esta basado en los principios procesales de oralidad e inmediación de la prueba, donde el proceso se desarrolla a través de audiencias orales y únicamente serán escritos la interposición y contestación de la demanda, la sentencia y los recursos contra ella y los documentos, peritajes e informes que se adjunten a los expedientes. De igual forma, son de aplicación los principios procesales de concentración, celeridad, carga de prueba, dispositivo, impulso procesal, contradicción, identidad física del juzgador, búsqueda de la verdad

2. Ley número 8508 publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 22 de junio de 2006.

3. Ley número 3667 del 12 de marzo de 1966.

real, publicidad, preclusión, impugnación y ejecución<sup>4</sup>.

Se privilegia el principio de celeridad con la reducción de plazos y de etapas en el proceso, frente a situaciones de emergencia o de puro derecho. Se dispone de un procedimiento mucho más ágil y expedito en donde se elimina la fase de la interposición y publicación de edictos.

Para ser más efectivo el proceso, la oralidad va acompañada de un sistema de gestión que pretende utilizar más recursos tecnológicos para comunicarse con las partes y convocar a las audiencias.

Otro aspecto a resaltar, es el hecho que el nuevo Código no se limita a revisar las actuaciones de la Administración Pública, sino también sus omisiones, bajo el entendido que el Estado puede lesionar derechos subjetivos, intereses legítimos, colectivos o difusos tanto con su accionar lícito o ilícito, normal o anormal, como con su renuencia a actuar tal y como se lo exige el bloque de legalidad.

Siguiendo la jurisprudencia establecida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, bajo el nuevo código tampoco es necesario agotar la vía administrativa como requisito previo para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. De esta forma, el agotamiento es opcional y el administrado elegirá si procede o no a agotarla o si, por el contrario, interpone el proceso con la simple existencia del acto previo. A la vez, existe la posibilidad del jerarca de corregir la conducta impugnada o modificarla total o parcialmente, dentro de los ocho días previos al emplazamiento,<sup>5</sup> lo que permite a la Administración la rectificación de su actuación cuando no se ha agotado la vía administrativa o cuando se impugna una conducta omisiva, con lo que se evita la realización de todo el proceso.

El Código Procesal Contencioso Administrativo favorece tanto la legitimación individual como la colectiva, y reconoce la acción popular bajo reserva de ley. De esta forma se ha abierto la legitimación de los administrados, a tal punto que se admiten demandas interpuestas por menores de edad, así como por grupos, aún sin personalidad jurídica o patrimonio independiente.

4. Así lo dispone el artículo 85 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) al estipular que: La jueza o el juez tramitador y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad; En el curso de estas, deberá promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos y velar por la concentración de los distintos actos procesales que corresponda celebrar.

5. En el caso de las Administraciones Descentralizadas el plazo de 8 días hábiles forman parte del emplazamiento. Cuando se impugne una conducta omisiva de la Administración Pública, el interesado podrá requerir, al órgano o el ente respectivo para que en el plazo de quince días adopte la conducta debida. Si transcurrido dicho plazo la omisión persiste, quedará expedita la vía contencioso-administrativa, según lo dispuesto por el artículo 35 del CPCA.

Junto a esa capacidad ampliada de los ciudadanos para buscar justicia, también el juez recibe nuevas potestades con la ley. Otorga más poderes al juez a fin de que pueda garantizar la adopción de medidas cautelares adecuadas para el reconocimiento y el restablecimiento de la situación jurídica quebrantada por la conducta u omisión administrativa, y permite que pueda actuar de manera oficiosa en las diversas fases del proceso para promover la resolución del conflicto planteado. Las medidas cautelares contra las conductas y omisiones administrativas pueden dictarse antes y durante el proceso, con inclusión de la fase de ejecución. A la vez, viene a ratificar una tendencia marcada por el Tribunal Contencioso Administrativo, misma que ha sido confirmada por la Sala Constitucional, en cuanto a la posibilidad de adoptar de medidas de tipo suspensivas, sino también anticipadas y positivas.

El nuevo código establece garantías para que sea efectiva la ejecución de la sentencia firme, al permitir el embargo de ciertos bienes fiscales ante la renuencia del pago debido; reconoce la indexación en el caso de condena de obligaciones dinerarias, y permite la sustitución comisarial por parte del juez ante incumplimiento de los funcionarios de ejecutar la sentencia firme. En el supuesto que la institución pública condenada no cumpla con la sentencia, el juez encargado

de la etapa contará con mecanismos de fuerza para hacerla cumplir, que van desde la paralización del presupuesto a la entidad y multar al funcionario responsable en forma personal, hasta nombrar a un juez que sustituirá al funcionario para hacer cumplir a la entidad condenada.

Se flexibiliza el recurso de casación por la defensa del derecho, más amplio que la ley escrita; se crean mecanismos de control objetivo y directo por la armonía jurisprudencial, entre otras importantes innovaciones. Además, se faculta y promueve la resolución alternativa de conflictos, se ampliaron las pretensiones de manera que ya no se limitará a la anulación del acto o disposición general y la indemnización de daños y perjuicios, sino que también faculta la restitución de la situación jurídica, el reconocimiento de una relación jurídica, la fijación de límites y reglas de las potestades públicas, y el establecimiento de obligaciones para la Administración de hacer, dar o abstenerse de realizar una conducta determinada; se extendió el plazo de impugnación de la conducta administrativa de dos meses a un año, y, en el caso de actos absolutamente nulos, abre el plazo mientras estos sigan surtiendo efectos, únicamente para su anulación e inaplicación futuras y se estableció el amparo de legalidad o trámite rápido para asuntos de urgencia y necesidad.

## 2. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL

Tal y como lo dispone el artículo 190 de la Ley General de Administración Pública,<sup>6</sup> la Administración responde por todos los daños que causa con su funcionamiento, sea éste legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo situaciones donde exista fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

A la vez, y a la luz de lo que dispone el numeral 191 del mismo cuerpo legal, la Administración debe reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes de su cargo o con ocasión del mismo, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.

La Administración es responsable cuando suprima o limite derechos subjetivos usando ilegítimamente sus potestades para ello;<sup>7</sup> siendo también responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión, en este

caso, la indemnización cubre el valor de los daños al momento de su pago pero no cubre el lucro cesante; también es responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales<sup>8</sup>, sin que exista responsabilidad cuando el interés lesionado no sea legítimo, o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso.<sup>9</sup>

Por su parte, el servidor público es responsable cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, y la administración es solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause. Para determinar la existencia y el grado de culpa o negligencia del funcionario debe tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas bajo el supuesto de entre mayor jerarquía mayor responsabilidad

El artículo 196 de la citada norma exige como requisito que el daño alegado debe ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo. El mismo cuerpo normativo prevé expresamente responsabilidad por el daño de bienes

6. Ley número 6227 publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 30 de mayo de 1978.

7. Artículo 192 de la Ley General de Administración Pública.

8. Artículo 194 de la Ley General de Administración Pública.

9. Artículo 195 de la Ley General de Administración Pública.

puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causado por la muerte o por la lesión inferida respectivamente.

Derecho a reclamar la indemnización a la Administración prescribe a los 4 años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad, mientras que el de reclamar indemnización contra los servidores públicos prescribe en 4 años desde que se tenga conocimiento del hecho dañoso.<sup>10</sup>

De lo anteriormente desarrollado se deduce que es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos para la existencia de la responsabilidad de la Administración:

a) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado, o de los bienes a los bienes de interés o dominio público a los que por ley la Administración de proteger y resguardar.

b) El daño reclamado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

c) La imputación a la Administración de los actos generadores de la lesión o daño.

d) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido.

e) Que la acción de la responsabilidad contra la Administración sea ejercida dentro del plazo establecido por ley.

### 3. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DAÑO AMBIENTAL

La obligación estatal en proteger y reparar los daños acontecidos en contra del medio ambiente como bien de naturaleza común o colectiva, incluso aquellos en los que no

10. Artículo 198 de la Ley General de Administración Pública

haya participado de manera activa o directa Política, Tratados Internacionales, y de la y donde haya resultado imposible determinar normativa de rango inferior.<sup>11</sup> Expresamente, al causante, deviene de Constitución los numerales 45, 53 y 54 de la Ley de

11. Tratados internacionales y Declaraciones Ambientales suscritas por Costa Rica, entre las que se encuentran: Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo del 2002, vienen a reafirmar ese poder – deber del Estado de proteger el medio ambiente previniendo acciones que lleguen a degradarlo. De igual forma, subsiste la obligación estatal de sancionar a los sujetos infractores de la normativa ambiental, y de aplicar los principios propios del derecho ambiental internacional. Al efecto el texto constitucional costarricense en el párrafo segundo del artículo 50 establece “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.” El numeral 41 de la Constitución Política establece “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Además, el párrafo segundo del numeral 28 constitucional enuncia “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”, lo cual viene a marcar el terreno en cuanto a la protección y reparación del ambiente, pues interpretando a contrario sensu, el deber del Estado en intervenir en la protección y restauración del ambiente se encuentra supeditado a que las conductas que se les achaque a particulares dañen la moral, el orden público o causen daño a terceros. Es importante recalcar que la Constitución Política reconoce una serie de derechos y facultades a los particulares que en teoría podrían encontrar roces con el derecho a un ambiente sano. Al respecto, y de conformidad con el principio de lesión, el ejercicio legítimo de un derecho tiene como límites los derechos de los demás y el ejercicio racional del mismo. Por ello, el numeral 22 del Código Civil de Costa Rica establece la teoría del abuso del derecho, por medio del cual la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial de éste, por lo que todo acto u omisión que sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a un tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. De igual forma, y en desarrollo del deber de reparación, el mismo Código Civil de Costa Rica en su numeral 1045 recoge el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Dicho principio llevado al derecho ambiental se encuentra contenido dentro del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente que al efecto reza “Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión”. La reparación ambiental debe ser en la medida de lo posible “in natura” o bien “in pristinum”, al respecto el numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica”. Tratándose de bosques, la Ley de Aguas en su numeral 151 obliga al infractor a reponer los árboles destruidos en terrenos situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación, aquellos que puedan ser explotados sin necesidad cortarlos, así como los situados en terrenos atravesados por ríos, arroyos, o en bosques donde existan manantiales. En materia de humedales, el artículo 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con multa de cien mil colones convertible en pena de prisión de uno a dos años, quien drene lagos, lagunas no artificiales y demás humedales, sin la previa autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de drenaje, para lo cual se faculta a la Dirección precitada, a fin de efectuar los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor”. A la vez, en materia minera el Código de Minería en su artículo 24 establece la obligación del titular del permiso de exploración de “cegar las excavaciones que hiciere y en todo caso, a pagar los daños y perjuicios que causare, a criterio de la Dirección o a juicio de peritos”. Por último, tratándose de degradación de suelos el numeral 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos establece “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados”.

Biodiversidad<sup>12</sup> establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas dañados, al disponer que:

*“El estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad”; “La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados”.*

Además de los deberes de prevención, protección y restauración del ambiente degradado por los particulares, la participación estatal en la actividad social y económica mediante la prestación de servicios públicos, puede incidir y ocasionar daños sobre el ambiente en general, ya sea por acción o por omisión, por actividad lícita o ilícita, por su funcionamiento normal o anormal. Encontrándose la Administración obligada en prevenir, proteger y restaurar el medio ambiente, aunque no haya sido la causante activa y directa del daño, con mayor razón ha de ser responsable y proceder a realizar su reparación, cuando éste haya sido causado como consecuencia de una actuación u omisión administrativa.

Se parte de la siguiente premisa: si la Administración tiene encomendada la función de proteger el medio ambiente y la obligación de evitar el daño y éste se ha producido, su funcionamiento ha sido deficiente, lo que implica necesariamente su responsabilidad.

La responsabilidad patrimonial de la Administración surge del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que brinda, con carácter objetivo,<sup>13</sup> por lo que

es indiferente que el daño se haya causado con intervención de culpa o negligencia o que la conducta sea conforme o no a Derecho.<sup>14</sup>

En la mayoría de los casos, el daño ambiental surge por una actuación administrativa culposa o negligente, omisiva de su deber de actuar en defensa del medio ambiente e infractora del deber de protección que le viene impuesto por el bloque de legalidad, y por tanto, divergente del fin de persecución del interés general, concretado en este caso en el mantenimiento de las cualidades ambientales.

En los supuestos de daño ambiental acaecidos por omisión a los deberes de prevención y control de las actividades desarrollados por los administrados, la responsabilidad por el daño acaecido sobre el medio ambiente recae de manera solidaria entre el particular que desarrolló la actividad y la Administración Pública que obvió sus deberes permitiendo la realización de la conducta dañina por parte del particular.<sup>15</sup>

Si se produce un daño al medio ambiente por parte de la Administración a consecuencia de su actuación activa y directa, siendo su protección un deber por tratarse de un

12. Ley número 7788 del 30 de abril de 1998.

13. Artículo 190 de la Ley General de Administración Pública.

14. “La licitud o ilicitud depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico. Se considera lícita, la conducta activa u omisiva, que se encuentra en concordancia con el bloque de legalidad imperante, y por tanto, cuenta con el aval o permiso de las autoridades correspondientes, pero que a pesar de ello, es generadora de daños, aún cuando no se sobrepasan los límites establecido por la normativa administrativa o por la autorización. Por otro lado, se considera ilícita aquella actuación que violenta el ordenamiento, y por tanto, no cuenta con los permisos de rigor otorgados por las autoridades administrativas o judiciales, o bien, sobrepase los estándares mínimos de tolerabilidad. Al derecho ambiental no le interesa la licitud o ilicitud de la conducta que daña al ambiente, sino únicamente el daño injusto acaecido sobre el entorno sin participación de las víctimas. De esta forma, en ambos supuestos, lo justo es que respondan por el daño causado tanto el contaminador directo, por haber asumido el riesgo de su actividad, como la Administración por no haber prevenido suficientemente la causación del daño mediante la regulación adecuada. La responsabilidad ambiental por hecho lícito encuentra asidero jurídico en la doctrina del abuso del derecho, por medio de la cual, todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, deberá necesariamente ser sancionado. De ahí, que el uso anormal o excesivo de un derecho no tiene que ser soportado, y el límite del mismo es dado tanto por la normativa, como por la costumbre, o bien por el criterio de tolerancia normal” Peña Chacón, Mario, Daño, Responsabilidad y Reparación del Medio Ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006, San José, página 27.

15. El tema de la responsabilidad solidaria ha sido abordado por varias leyes ambientales. A manera de ejemplo se encuentra el artículo 57 de la Ley Forestal de Costa Rica que al efecto establece “En el caso de los actos ilícitos comprendidos en esta ley, cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño causado, de acuerdo a lo que establece el artículo 1045 del Código Civil.” En un mismo sentido se expresa el artículo 384 de la Ley General de Salud “En todo caso la entidad jurídica responderá solidariamente con quien resultare responsable, por la indemnización civil que se derive de la infracción cometida en el establecimiento que sea de su propiedad o que explote o administre a cualquier título”. Por otra parte, el artículo 67 de la Ley de Protección Fitosanitaria establece un criterio de responsabilidad civil solidaria derivada de delitos o contravenciones, entre la persona jurídica y sus representantes legales. Por último la nueva Ley de Pesca establece en los artículos 116 y 149 reglas de solidaridad, considerando en un primer término al armador, el patrón de pesca y el capitán, en materia civil y administrativa, solidariamente responsables por el incumplimiento de la legislación pesquera, cuando se cause un daño efectivo; además se considerarán civilmente responsables el patrón de pesca y el propietario o permisionario de la embarcación por los daños ocasionados por la destrucción de nidos de tortugas marinas, por la utilización de artes de pesca que impidan la navegación, por la no utilización del dispositivo excluidor de tortugas.

interés público, estaría incurriendo en un vicio de desviación de poder por vulneración del principio de actuación administrativa conforme al interés público, lo que cual implica necesariamente responsabilidad de su parte, sin perjuicio de que ello podrá ser causa de anulación del acto administrativo en cuestión.

También puede exigirse responsabilidad a la Administración al no impedir la realización de un daño por ignorar u omitir su deber de vigilancia o de control de ciertas actividades o actuaciones (culpa “in vigilando”), o al no prestar el servicio de protección del medio ambiente al que está obligado por el bloque de legalidad (culpa “in omittendo”).

En el caso de los daños causados por funcionamiento normal, la relación de causalidad existirá cuando el daño sea consecuencia de la actuación administrativa de forma exclusiva. Cuando la causa del daño ha sido la pasividad o inactividad administrativa, el requisito de la exclusividad se modera y matiza en función de la “posible concurrencia de diversos factores en la producción del daño cuya respectiva influencia ha de ser analizada para inferir la existencia o no de dicho nexo de causalidad.”<sup>16</sup>

En el caso de funcionamiento anormal por omisión, cuando el daño fuera ocasionado

por una actividad o industria contaminante, la relación de causalidad se concretaría debido a la falta de vigilancia que la legislación le exige a la Administración como la causa del daño, ya que de haber adoptado las medidas y acciones exigidas por el bloque de legalidad el daño nunca se habría producido.

Si el daño causado por la actividad del administrado lo ha sido cumpliendo con las prescripciones legales administrativas y de las condiciones de la licencia, sería preciso distinguir la actuación de la Administración que concede la autorización y la actuación normativa de la Administración que ha de reglamentar la actividad causante del daño. En este supuesto, la relación de causalidad vendría determinada por la falta de diligencia administrativa en la previsión de los daños por haber promulgado normativa que va a significar la autorización de actividades bajo unos condicionantes que no fueron suficientes.

En otros casos de funcionamiento anormal del servicio público administrativo la relación de causalidad sí quedaría excluida cuando concurren las causas de fuerza mayor, culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

De este modo, y siguiendo los lineamientos esbozados por el autor Conde Antequera,<sup>17</sup> es posible clasificar las conductas

16. Conde Antequera, J., La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente, en “Medio Ambiente y Derecho” Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 11, diciembre 2004, accesible en la dirección: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

17. La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente, en “Medio Ambiente y Derecho” Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 11, diciembre 2004, accesible en la dirección: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

administrativas que dañan el ambiente y que son objeto de responsabilidad, en activas y omisivas, tal y como se desarrollo en el siguiente apartado.

### 3.1. Responsabilidad de la Administración por acción (in commitendo):

- i. Por su actividad de prestación de servicios en forma directa, ya sea prestado por funcionarios o por cualquier agente o empleado.
- ii. Por su actividad jurídica consistente en emisión de normas y concesiones de autorizaciones, por un lado cuando la regulación que desarrolla conforme a la potestad normativa reglamentaria no es la adecuada, por el otro, bien cuando autoriza una actividad que sobrepasa los niveles previstos en la normativa, o desde otro punto de vista, cuando la Administración concede una licencia ilícita o sin que se haya verificado el cumplimiento de las medidas correctoras a una actividad y ello suponga la causación de un daño ambiental;
- iii. Responsabilidad del Estado y demás entes públicos por los delitos o faltas que cometan las autoridades o funcionarios.
- iv. Por su actividad de prestación de servicios en forma indirecta, es decir, cuando la Administración actúa a través de empresas intermediarias por medio de concesiones de servicios públicos.

### 3.2. Responsabilidad de la Administración por omisión (in vigilando o in omittendo).

- i. Cuando se ocasione un daño ambiental por omisión de un servicio obligatorio a cargo de la misma Administración (agua, recolección de basura, alumbrado público);
- ii. Daño ambiental por omisión de su deber normativo cuando ello es preciso, o sea cuando no haga uso de su potestad reglamentaria para producir esa normativa protectora que tiene obligación de dictar;
- iii. Cuando la Administración no inste judicial o administrativamente la restauración del ambiente degradado cuando proceda;
- iv. Cuando se causen daños por actividades prohibidas o que sobrepasen lo dispuesto en la autorización administrativa, en el caso que la Administración competente haya omitido su deber de vigilancia (responsabilidad por hecho ilícito),
- v. Cuando se causen daños por actividades permitidas que no sobrepasen los límites establecidos por la normativa administrativa o por la autorización, por no haber prevenido suficientemente la causación del daño mediante una regulación adecuada (responsabilidad por hecho lícito);
- vi. Cuando se produzcan daños ambientales a causa de accidentes de gran magnitud y la Administración no actúe con carácter de urgencia

que impone su deber de protección de la salubridad pública y del medio ambiente para impedir el incremento del daño causado inicialmente, lo anterior debido a que cualquier daño ambiental de gran intensidad o trascendencia ecológica, social y colectiva, con incidencia en la salud pública y el medio ambiente, requiere de una actuación de la Administración, con fundamento en la configuración del Estado como Estado social y en el principio de solidaridad.

#### **4. ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL APLICABLES EN LA NUEVA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

##### **4.1. Principios procesales**

De conformidad con el numeral 85 del CPCA el principio rector del proceso contencioso administrativo es la oralidad. Este se desarrolla a través de audiencias orales y públicas, únicamente serán escritos la interposición y contestación de la demanda, la sentencia y los recursos contra ella y documentos, peritajes e informes que se adjunten a los expedientes. De igual forma, son de aplicación los principios procesales generales de intermediación, concentración, carga de prueba, dispositivo, impulso procesal, celeridad, contradicción, identidad física del juzgador, búsqueda de la verdad

real, publicidad, preclusión, impugnación y ejecución.

Mientras no exista una jurisdicción ambiental autónoma y especializada,<sup>18</sup> en los procesos contencioso administrativo en donde se discuta la responsabilidad por daños al entorno, el juzgador debe integrar los principios del derecho ambiental y de la responsabilidad por daño ambiental, con los principios procesales del CPCA, esto para dar efectividad y aplicación a los derechos sustanciales contenidos en las normas de fondo.

Cobran vital relevancia, los principios sustantivos del derecho ambiental tales como el preventivo; precautorio; contaminador pagador; equidad inter e intra generacional; corrección o solución a la fuente, así como los principios procesales idóneos para la correcta aplicación de la responsabilidad por daño ambiental, como los son: ampliación de la legitimación procesal; inversión de la carga de la prueba o de efectiva colaboración; valoración de la prueba de manera comprensiva, integral, con relevancia a la prueba indirecta y presunciones, científica, utilizando la sana crítica racional; tutela cautelar inmediata, anticipada, urgente, para evitar daño actuales y futuros; sentencias con eficacia erga omnes y de cosa juzgada material; ejecución de sentencia oficiosa por el órgano jurisdiccional asegurando el interés

18. Así lo propone el proyecto de ley número 15979 denominado Código Procesal General.

general; responsabilidad de tipo objetivo y solidaria por actividades riesgosas, entre otros.

En casos de vacío, omisión o contradicción normativa, debe acudirse a las fuentes no escritas del derecho administrativo como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, así como a las técnicas de la integración por analogía o en sentido contrario.<sup>19</sup> Si no se pudiere integrar las normas procesales en esta forma se acudirá a los principios constitucionales, a los principios generales del derecho procesal, así como a la jurisprudencia o en su caso a las doctrinas más acordes con el proceso donde la norma falte. En caso de omisión, oscuridad o contradicción, la integración debe tomar en cuenta el entero sistema donde la norma funciona, sin perjuicio de recurrir a los criterios establecidos por el vacío legal.<sup>20</sup>

##### **4.2. Jurisdicción y Competencia**

El artículo 1 del CPCA dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-

administrativa. Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

El CPCA entiende por Administración Pública a la Administración central; los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas, la Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público.

Especial importancia reviste el inciso b del numeral 2 del CPCA, el cual establece a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda como aquella con competencia exclusiva en cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus funcionarios, situación donde encaja perfectamente la responsabilidad por daño ambiental de la Administración Pública, recayendo por tanto, la competencia por materia en los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.

En perfecta armonía con lo anterior, el artículo 108 de la Ley de Biodiversidad dispone que todo lo relacionado con la materia de biodiversidad (íntimamente vinculada al daño ambiental) es competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa

19. Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

20. Así lo contempla el numeral 220 del CPCA cuando dispone que para lo no previsto expresamente debe de acudirse a los principios del Derecho Público y Procesal, en general

siempre y cuando exista un acto administrativo de por medio o bien, la protección del dominio público, caso contrario, la controversia se dilucida ante la jurisdicción agraria.

En cuanto a la competencia por territorio, el artículo 7 del CPCA establece que para determinarla, son de observancia las siguientes reglas: a) El Tribunal tendrá competencia sobre las conductas administrativas que se adopten originariamente dentro de la circunscripción judicial donde ejerza funciones. b) Cuando la conducta administrativa se presente en el límite de dos circunscripciones judiciales o en varias de ellas, será competente el Tribunal que haya prevenido en el conocimiento de la causa. Se considerará que ha prevenido, quien haya dictado la primera providencia o resolución del proceso.

#### 4.3. Capacidad procesal y Legitimación

El artículo 9 del CPCA otorga capacidad procesal, además de los sujetos que la ostenten de conformidad con la legislación común,<sup>21</sup> a los menores de edad, cuando éstos puedan hacerlo en forma directa, sin necesidad de que concurra su representante, así como a aquellos grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, sin necesidad de

estar integrados en estructuras formales de personas jurídicas.

Por su parte, ostentan legitimación para demandar en la jurisdicción contenciosa administrativa según el artículo 10 del CPCA:

- a) Quienes invoquen la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos.
- b) Las entidades, las corporaciones y las instituciones de Derecho público, y cuantas ostenten la representación y defensa de intereses o derechos de carácter general, gremial o corporativo, en cuanto afecten tales intereses o derechos, y los grupos regidos por algún estatuto, en tanto defiendan intereses colectivos.
- c) Quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos.
- d) Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley.
- e) La Administración, para impugnar un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando el superior jerárquico supremo haya declarado, en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos,<sup>22</sup> así como en el supuesto que se haya causado un daño o perjuicio a los intereses públicos, a la Hacienda Pública, y para exigir responsabilidad contractual y extracontractual.

21. Al respecto cabe remitirse a los artículos 36 y siguientes del Código Civil, ley número 30 del 19 de abril de 1885.

22. El artículo 34 del CPCA dispone que cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo debe declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello es de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año corre a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. La lesividad referente a la tutela de bienes del dominio público no estará sujeta a plazo.

Siguiendo los lineamientos dictados por la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en estricta aplicación del numeral 50 de la Constitución Política,<sup>23</sup> el CPCA amplía el esquema de legitimación activa a todos aquellos que invoquen un interés difuso o colectivo, así como a todas las personas cuando exista previamente una acción popular creada por ley.<sup>24</sup>

A manera de referencia, el artículo 105 de la Ley de Biodiversidad plantea un supuesto de acción popular al disponer que toda persona se encuentra legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad. En cuanto a los intereses difusos estos pueden ser ejercidos indistintamente por cualquiera (personas físicas o jurídicas) en interés de la colectividad. Se trata entonces de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés, y por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos,

por lo que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones, y a la vez, de cada una de ellas. Gozan de una doble naturaleza, ya que son colectivos – por ser comunes a una generalidad – e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter.

La Procuraduría General de la República también ostenta la representación de los intereses difusos en materia ambiental, institución que en representación del Estado, cuenta con legitimación necesaria para interponer procesos judiciales por daño ambiental en contra de particulares u otras administraciones públicas distintas a la Administración Centralizada.<sup>25</sup> Lo anterior encuentra fundamento en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, específicamente en el inciso h) del artículo 3, que establece como una de sus atribuciones:

“Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

23. “... Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño...”

24. Mediante la acción popular, el ordenamiento, entendiéndose de cierto tipo de bienes jurídicos de naturaleza colectiva, faculta a cualquier persona física o jurídica, a apersonarse a interponer acciones, con el fin de tutelar y proteger ese bien jurídico violentado. Debe quedar claro que la legitimación de recurrir en la acción popular deriva de la misma norma jurídica y no de la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo. De esta forma, en la acción popular existe un interés legítimo objetivo, no así subjetivo”. Peña Chacón, M., Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Brasil.

25. Además de representar los intereses de la Administración Centralizada, la Procuraduría tiene legitimación para representar y defender los intereses propios de los Poderes del Estado, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes de la República, en tanto ejerzan función administrativa, de conformidad con el artículo 16 del CPCA.

Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada”.

En los procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental, al tratarse de la vulneración de un interés público colectivo, debe existir un acceso claro y directo por parte de cualquier afectado a reclamar la recomposición del ambiente, así como de los grupos de interés que representan a las colectividades, supuesto donde quedan incluidas las Organizaciones No Gubernamentales con fines ambientalistas, las cuales en ocasiones, cuentan con suficiente sustento económico, técnico, científico y jurídico, para llevar este tipo de procesos hasta sus últimas consecuencias.

La legitimación activa para solicitar, como pretensión, la recomposición del ambiente dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de conformidad con el numeral 50 de la Constitución Política y las reglas que sigue el CPCA recae en cualquiera, sea persona física o jurídica, privada o pública, individual o colectiva.

De esta forma, es al simple afectado a quien ordenamiento jurídico le ha otorgado una

acción popular o el ejercicio en defensa de un interés difuso, al que le basta con demostrar un mínimo interés razonable y suficiente (existencia de un interés difuso) para apersonarse como parte en un proceso contencioso administrativo de responsabilidad por daño ambiental a solicitar la restauración ambiental. Es cotitular de un interés difuso al ser portador de una cuota subjetiva del mismo, no perdiendo su condición por el hecho que otros también lo sean. Debe quedar claro que su pretensión procesal se puede circunscribir únicamente a la recomposición del ambiente dañado.

Mientras tanto, la legitimación activa para solicitar tanto la recomposición del ambiente como la indemnización de los daños causados sobre sus derechos subjetivos, recae exclusivamente sobre la persona directamente damnificada, titular de un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial. Este sujeto procesal ostenta una doble legitimación derivada del interés difuso en la tutela del ambiente y del derecho subjetivo violentado del cual es titular.

A raíz de lo anterior, el artículo 9 del CPCA establece que para el reclamo de daños y perjuicios en los supuestos de grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, intereses difusos y acciones populares, es necesario comprobar la titularidad de la situación jurídica lesionada de quien demanda.

Por otra parte, la legitimación pasiva<sup>26</sup> en un proceso de responsabilidad por daño ambiental ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa puede recaer sobre:

- 1) La Administración Pública Centralizada o Descentralizada autora de la conducta u omisión administrativa dañina del ambiente, salvo cuando se trate de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones; en este caso, se demandará al Estado.
- 2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta u omisión administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos.
- 3) Las personas físicas o jurídicas que hayan derivado derechos e intereses legítimos de la conducta administrativa objeto del proceso.
- 4) Cualquier otra persona que haya sido llamada al proceso como responsable, en su carácter funcional o personal, lo anterior en el supuesto de responsabilidad solidaria por daño ambiental del Estado con funcionarios y particulares.

En la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda, la representación y defensa de la Administración central, de los Poderes del Estado, el Tribunal Supremo

de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes de la República, en tanto ejerzan función administrativa, corresponde a la Procuraduría General de la República.<sup>27</sup> Mientras que la representación y defensa de las entidades descentralizadas o de los particulares, se regirá, respectivamente, por las leyes especiales o por la legislación común.<sup>28</sup>

El artículo 13 del CPCA establece que podrá intervenir como coadyuvante de cualquiera de las partes el que tenga interés indirecto en el objeto del proceso; para ello, podrá apersonarse en cualquier estado de este, sin retroacción de términos. El coadyuvante no podrá pedir nada para sí, ni podrá cambiar la pretensión a la que coadyuva; pero podrá hacer todas las alegaciones de hecho y derecho, así como usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés, excepto en lo que perjudique al coadyuvado. La sentencia es susceptible de repercutirle positiva o negativamente

También son considerados partes del proceso los terceros que intervengan con pretensiones propias respecto de la conducta objeto del proceso y quienes sean llamados, de oficio o a instancia de parte, en calidad principal o accesoria. Su participación puede hacerse valer en cualquier momento antes del dictado de la sentencia, y toman el proceso

26. Artículo 12 del CPCA.

27. Artículo 16 del CPCA.

28. Artículo 17 del CPCA.



en el estado en el que se encuentre, siempre que ello no sirva para burlar los plazos de caducidad.<sup>29</sup> Tercero es aquel que es titular de un derecho conexo o dependiente de las pretensiones planteadas por el principal, colabora con la gestión procesal siendo su actuación accesoria y subordinada, no pudiendo alegar ni probar lo que le estuviere prohibido al principal.

#### 4.4. Normas especiales para la integración de los intereses grupales.

Según el artículo 48 del CPCA ante los supuestos de afectación de intereses grupales, colectivos, corporativos o difusos, si en un determinado proceso después de contestada la demanda y hasta antes de concluir el juicio oral y público, el juez tramitador o el tribunal de juicio, de oficio o a gestión de parte, determinara la existencia de otros procesos, con identidad de objeto y causa, puede instar a los actores para que se unan en un solo proceso, sin perjuicio de actuar bajo una sola representación. De previo, el juez tramitador o el tribunal oírán, por cinco días hábiles, a las partes principales. De no existir expresa oposición, se tramitará un único proceso, lo cual hará saber, en un plazo máximo de tres días hábiles posteriores, contados a partir del día siguiente a la notificación de todas las partes. Si en el plazo otorgado existe

oposición, el proceso será tramitado de manera individual. La sentencia dictada en este proceso, de conformidad con las reglas establecidas en el CPCA, producirá con su firmeza, cosa juzgada material respecto de todas las partes que haya concurrido en él.

#### 4.5. Eliminación del requisito del agotamiento de la vía administrativa

Otro aspecto importante del nuevo CPCA lo es la eliminación del odioso requisito del previo agotamiento de la vía administrativa para poder acudir a la vía contencioso-administrativa.<sup>30</sup>

Por economía procesal y con el fin de tutelar los derechos de los administrados, cuando en los procesos establecidos contra el Estado o bien Administraciones Descentralizadas, se ha acudido directamente a la vía jurisdiccional, sin haber agotado la vía administrativa, el juez tramitador, en el mismo auto que da traslado de la demanda, debe conceder un plazo de ocho días hábiles previos al emplazamiento en el caso de la Administración Centralizada, y de ocho días dentro del emplazamiento en el caso que se trate de una Administración Centralizada, a efecto de que el superior jerárquico supremo del órgano o la entidad competente, confirme, o bien, modifique, anule, revoque o cese la

conducta administrativa impugnada, en beneficio del administrado y sin suspensión de los procedimientos. Vencido el plazo indicado, si el jerarca supremo guarda silencio o mantiene la conducta impugnada, empezará a correr automáticamente el plazo otorgado para la contestación de la demanda para la Administración Centralizada mientras que para la Administración Descentralizada continúa corriendo su plazo de contestación. Si dentro del plazo de los ocho días hábiles señalado en los apartados anteriores, la Administración Pública modifica, anula, revoca, cesa, enmienda o corrige la conducta administrativa adoptada, en beneficio del administrado, se tendrá por terminado el proceso en lo pertinente, sin especial condenatoria en costas y sin perjuicio de que continúe para el reconocimiento de los derechos relativos al restablecimiento de la situación jurídica del actor, incluso de la eventual indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

En los casos donde se impugne una conducta omisiva de la Administración Pública, el interesado podrá requerir, al órgano o el ente respectivo para que en el plazo de quince días adopte la conducta debida. Si transcurrido dicho plazo la omisión persiste, quedará expedita la vía

contencioso-administrativa. De haberse acudido directamente a la vía jurisdiccional, el juez o el Tribunal debe conceder, al jerarca supremo de la entidad o el órgano competente, un plazo máximo de quince días hábiles, con suspensión del proceso, para que cumpla la conducta debida. De hacerlo así, se dará por terminado el proceso sin especial condenatoria en costas, sin perjuicio de continuarlo para el restablecimiento pleno de la situación jurídica de la persona lesionada. Si, transcurrido dicho plazo, se mantiene total o parcialmente, la omisión, el proceso continuará su curso, sin necesidad de resolución que así lo disponga.<sup>31</sup>

Actualmente el administrado se encuentra facultado en escoger el agotamiento o no de la vía administrativa para los procesos de responsabilidad por daño ambiental en donde haya participado activa o pasivamente la Administración Pública. Dos vías administrativas siguen abiertas para dilucidar este tipo de responsabilidad, por una parte se tiene al Tribunal Ambiental Administrativo y por la otra la Secretaría Técnico Nacional Ambiental.

Ambas vías fueron creadas por la ley Orgánica del Ambiente<sup>32</sup> con naturaleza jurídica de

29. Artículo 15 del CPCA.

30. Así lo dispone el numeral 31 del CPCA y se tiene por excepción los asuntos contenidos en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política.

31. Así lo dispone el artículo 35 del CPCA.

32. Ley número 7554 del 4 de octubre de 1995.

de órganos de desconcentración máxima<sup>33</sup> del Ministerio de Ambiente y Energía, con competencia territorial en todo el país. Ambos están obligados a ordenar en sus resoluciones la imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente y la diversidad biológica.<sup>34</sup>

En el caso del Tribunal Ambiental Administrativo, dentro de sus funciones exclusivas se encuentran: a) conocer y resolver, en sede administrativa, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales; b) conocer, tramitar y resolver, de oficio o a instancia de parte, las denuncias referentes a comportamientos activos y omisos que violen o amenacen violar normas de la legislación tutelar del ambiente y los

recursos naturales; c) establecer en vía administrativa, las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.<sup>35</sup> Este Tribunal cuenta con su propio Manual de Procedimientos establecido vía decreto ejecutivo.<sup>36</sup>

Por su parte, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental tiene como propósito principal el armonizar el impacto ambiental con los procesos productivos, y dentro de sus funciones específicas se encuentra la de atender las denuncias que se le presenten en lo relativo a la degeneración o al daño ambiental.<sup>37</sup> Su competencia en este tipo de asuntos está supeditada a la existencia de un expediente previo dentro de su dependencia, ya que de lo contrario, debe remitir la denuncia al

33. El término desconcentración implica la atribución exclusiva e independiente de competencia en el desempeño de sus funciones, es por tanto una excepción al principio de jerarquía. Para el caso que nos atañe, la competencia atribuida al Tribunal Ambiental Administrativo lo es el conocimiento y juzgamiento en la vía administrativa de las transgresiones a la normativa ambiental. De conformidad con la ley General de la Administración Pública de Costa Rica existen dos tipos de desconcentración, la mínima y la máxima. Al respecto el artículo 83 de la citada ley establece: "Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento. La desconcentración mínima se dará cuando el superior no pueda: a) avocar competencias del inferior, y b) revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte. La desconcentración será máxima cuando el superior esté sustraído además de órdenes, instrucciones o circulares del superior. La imposibilidad de revisar o sustituir la conducta del inferior hará presumir la potestad de avocar la misma y a la inversa. Las normas que crean la desconcentración mínima será de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima será de aplicación extensiva a su favor".

34. Artículo 99 inciso g) de la Ley Orgánica del Ambiente.

35. Artículo 111 de Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica.

36. Decreto Ejecutivo número 28054-MINAE del 26 de julio de 1999 publicado en la Gaceta número 163 del 23 de agosto de 1999. Para mayor información sobre el tema puede consultarse el ensayo de este mismo autor denominado "Los principios de la responsabilidad ambiental a la luz de la jurisprudencia administrativa del Tribunal Ambiental de Costa Rica", publicado en la Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, abril 2004, número 106, México, y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 24 de abril de 2006, año IX, Argentina, www.eldia.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp

37. Artículo 84 inciso c) de la Ley Orgánica del Ambiente.

Tribunal Ambiental Administrativo (TAA) para su conocimiento y resolución, de conformidad del artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente.<sup>38</sup>

#### 4.6. Pretensiones

Las pretensiones de la parte actora en un proceso de responsabilidad por daño ambiental se circunscriben en las siguientes:

- a. Prevenir el daño, incluso el daño incierto científicamente (principios preventivo y precautorio)
- b. Asegurar la descontaminación del ambiente dañado (principio de corrección o solución a la fuente)
- c. Restaurar en la medida de lo posible a la situación anterior al hecho dañoso (reparación in natura)
- d. Indemnizar los derechos subjetivos de los sujetos afectados (daño patrimonial y extrapatrimonial individual y colectivo)

Para alcanzar tales pretensiones el numeral 42 del CPCA faculta al accionante a solicitar en la demanda:

- a. La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas.
- b. La anulación total o parcial de la conducta administrativa.
- c. La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa.

d. El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

e. La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.

f. La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa.

g. Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

h. La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.

i. Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

j. La condena al pago de daños y perjuicios.

#### 4.7. Conciliación y Transacción

El numeral 72 del CPCA faculta a la Administración Pública a conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus

38. Así lo dispone el numeral 54 del Reglamento General sobre procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), Decreto ejecutivo número 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC

efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada. Las partes, por sí mismas, pueden buscar los diversos mecanismos para la solución de sus conflictos fuera del proceso, y acudir a ellos. Para tal efecto, de común acuerdo, pueden solicitar su suspensión, por un período razonable a criterio del juzgador.

Cuando le corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, es necesario la autorización expresa del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, o la del órgano en que estos deleguen. En los demás casos, la autorización debe ser otorgada por el respectivo superior jerárquico supremo o por el órgano en que este delegue.<sup>39</sup>

El juez conciliador se encuentra obligado a guardar absoluta confidencialidad e imparcialidad respecto de todo lo dicho por las partes en el curso de la conciliación, por lo que le está vedado revelar el contenido de las discusiones y manifestaciones efectuadas en ella, ni siquiera con su anuencia. En todo caso, lo discutido y manifestado en la conciliación carece de valor probatorio alguno.<sup>40</sup> El juez conciliador está facultado, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.<sup>41</sup>

Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público.<sup>42</sup> Una vez firme el acuerdo conciliatorio, adquiere el carácter de cosa juzgada material y para su ejecución es aplicable las normas de la ejecución de sentencia.<sup>43</sup>

Las partes o sus representantes podrán proponer, en cualquier etapa del proceso, una transacción total o parcial. La transacción será homologada por la autoridad judicial correspondiente, siempre que sea sustancialmente conforme al ordenamiento jurídico.<sup>44</sup>

El CPCA no dispone de reglas especiales para la conciliación o transacción en procesos donde se discutan intereses difusos o colectivos, y por tanto donde exista una multiplicidad de partes procesales dentro de un proceso unificado. El asunto no presentaría mayores problemas en los casos donde las partes litiguen bajo una única representación y deciden actuar como un único bloque, en

39. Artículo 73 del CPCA.

40. Artículo 75 del CPCA.

41. Artículo 78 del CPCA.

42. Artículo 76 del CPCA.

43. Artículo 77 del CPCA.

44. Artículo 117 del CPCA.

el entendido que el administrado podrían disponer únicamente de sus derechos subjetivos de carácter patrimonial y el Estado lo relativo al dominio público, existiendo la obligación del juez conciliador de homologar solamente aquellos acuerdos que aseguren la recomposición del ambiente degradado.

La situación se complica cuando las partes que litigan dentro de un proceso unificado pero bajo distinta representación. Al respecto el numeral 75 inciso b) del CPCA dispone que se entenderá fracasado el proceso de conciliación cuando cualquiera de las partes o sus representantes manifiesten, en firme, su negativa a conciliar. Definitivamente esta norma no fue redactada pensando en procesos con multiplicidad de partes procesales, todo lo contrario, se circunscribe a aquellos procesos donde actúan únicamente dos partes, y donde por razones obvias, la renuencia de una de ellas imposibilita llegar a un convenio. Por lo demás, lo ideal sería permitir a cada interviniente conciliar libremente con su contraparte sin estar supeditado a lo que decidan las demás partes del proceso, en entendido siempre que el juez conciliador está obligado a homologar únicamente aquellos convenios o acuerdos que aseguren la recomposición del ambiente degradado, tal y como lo exige el bloque de legalidad.

#### 4.8. Medidas Cautelares

Prevención es la base del sistema de responsabilidad ambiental y el objetivo primordial del derecho de daños. Los daños deben ser evitados a toda costa, tanto deriven de hechos lícitos como de infracciones contractuales, de actuaciones o de omisiones. Tratándose el ambiente de un bien de naturaleza común o colectiva, de interés público y en muchas ocasiones de dominio estatal, el juzgador tiene el deber de evitar y ordenar la reparación de la lesión pretérita y de la presente, así como de tomar las medidas para que el daño no se vuelva a producir en un futuro.

El juzgador debe procurar la solución ex ante en vez de confinar el remedio a una solución ex-post, ya que por sus características, muchos de los daños ambientales son irreversibles. Se parte de la premisa que en la mayoría de los casos, sólo otorgando anticipadamente la pretensión de la litis, mediante una resolución rápida, se logra evitar los futuros daños ambientales, es por ello que la tutela del ambiente justifica soluciones ágiles, inmediatas y expeditas.

Lo ideal es que en los procesos de responsabilidad por daño ambiental, de oficio y/o petición de parte, y en cualquier estado

del proceso<sup>45</sup>, el juzgador pueda disponer de medidas preventivas de urgencia, aún sin audiencia de la parte contraria, y sin garantía de contracautela. Esta tesis es seguida parcialmente por el CPCA cuyo artículo 19 establece que durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo puede ordenar, *a instancia de parte*, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Tales medidas también pueden ser adoptadas por juzgador, *a instancia de parte*, antes de iniciado el proceso, en cuyo caso la demanda debe presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordena su levantamiento y se condena a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales deben ser liquidados por el trámite de ejecución de sentencia.<sup>46</sup> Cuando las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional, lo ideal sería que conozca de ellas el mismo juez que intervendrá en el proceso principal. En casos de extrema urgencia como a menudo sucede cuando está de por medio el interés público ambiental y la salud de

los administrados, *a solicitud de parte*, el juzgador puede otorgar medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el juez está facultado en fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela. Ante este supuesto, se le debe dar audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez puede hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.<sup>47</sup> El juzgador tramitador puede ordenar que la recepción de cualquier prueba que sea urgente o que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse en la audiencia respectiva.<sup>48</sup>

Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, puede adoptar y ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata y *prima facie*, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deben de guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.<sup>49</sup>

45. Incluso durante el proceso de conciliación, artículo 78 del CPCA.

46. Artículo 26 del CPCA.

47. Artículo 25 del CPCA.

48. Artículo 84 del CPCA.

El artículo 28 del CPCA faculta al juzgador a utilizar cualquier tipo de caución o garantía de las formas admitidas en Derecho siempre que sea suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público. Es importante tomar en cuenta que, por tratarse el medio ambiente de un bien de interés público de naturaleza colectiva, en ciertos casos, la caución debería ser eximida al proponente de la medida, o bien solicitar únicamente la menos gravosa de ellas como lo es la caución juratoria.

En cuanto a los requisitos que debe tomar en cuenta el juzgador para tomar la decisión de conceder una medida precautoria en defensa del medio ambiente, bastaría con la certeza y actualidad de los riesgos, aunque no estén probadas lesiones actuales al ambiente o la salud, para que la tutela se haga efectiva.<sup>50</sup> De esta forma, el juzgador debe tomar medidas urgentes, inmediatas, aún ante la ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos, a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos plenamente, ya que cualquier demora puede resultar más perjudicial que cualquier acción temprana intempestiva.

La incertidumbre no exonera la responsabilidad, al contrario, la refuerza al crear un deber de prudencia. Es suficiente

con tenerse por probado el daño al ambiente, o bien el riesgo de que acontezca, para que el juzgador se anticipe a su concreción. Lo anterior se justifica bajo el criterio que toda medida preventiva es provisional, y que cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron su adopción, el juez de oficio o a instancia de parte, puede y debe modificarla o suprimirla. En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, es posible considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar.<sup>51</sup>

Tres son los elementos a considerar para la toma de una medida precautoria, por una parte el *fomus boni iuris* (juicio de probabilidad o de verosimilitud); *periculum in mora* (daños y perjuicios de difícil o imposible reparación); y la *contracautela* o garantía. En los procesos de responsabilidad por daño ambiental, al juzgador le debería bastar el requisito del *fomus boni iuris* para dar cabida a la cautela, debiendo admitirse medidas precautorias aún cuando no haya plena certeza científica de los efectos perjudiciales (principio precautorio). El requisito del *periculum in mora* debe basarse en los daños que podría sufrir el medio ambiente (bien de naturaleza colectiva y de interés público) ponderado por sobre los intereses de la parte demandada, sea esta la Administración Pública o particulares.

49. Artículo 23 del CPCA.

50. Cafferatta, N., *La prueba en el daño ambiental*, publicado en la Revista Brasileira de Direito Ambiental, enero/marzo 2005, Editora Fiuza, vol 01, año 01.

51. Artículo 29 del CPCA.

Los requisitos del *fomus boni iuris* y del *periculum in mora* están regulados por el artículo 21 del CPCA el cual establece que la medida cautelar es procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad.

Según las reglas del CPCA, para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo debe considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. También debe tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.<sup>52</sup>

En los procesos donde se discuta la responsabilidad por daños contra el ambiente, se debe pasar de un régimen de medidas cautelares asegurativas del resultado del proceso, a un sistema de tutela inmediata,

anticipada, efectiva, material. Lo ideal es que el juzgador posea amplias facultades para ordenar el cese, incluso poner fin a la actividad molesta o dañina del ambiente. De igual forma debería tener poderes suficientes para determinar las herramientas más aptas para poner fin a la contaminación, ya que ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo que acontezca el daño, si jurídicamente puede ser evitado. Por ello, las medidas preventivas no deben ser taxativas y el juzgador debería contar con poder suficiente para aplicar aquellas necesarias para cada caso en específico, así como el poder para crear e innovar medidas cautelares. Las medidas preventivas son incuestionables cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que está produciendo una actividad con el fin de paralizar el daño.<sup>53</sup>

Esta es la línea que sigue el CPCA cuando dispone en su numeral 20 que las medidas cautelares pueden contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el juzgador puede imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

#### 4.9. La Prueba.

En un proceso de responsabilidad por daño ambiental la prueba es un tema de capital importancia. Demostrar la mera existencia del daño ambiental, así como el ligamen del nexo causal (causa-efecto) es sumamente difícil y complejo, pues por lo general, se trata de prueba revestida de enorme científicidad a raíz de las características propias del daño ambiental, el cual puede manifestarse de forma itinerante, cambiante, difuminada en el tiempo y en el espacio, sin límites geográficos ni físicos, ni temporales ni personales.

La dificultad de la prueba radica en la ausencia de precisión de las características del daño; su extensión, alcance, prolongación; el carácter muchas veces retardatorio de sus efectos nocivos, así como sus efectos sinérgicos ya que puede encontrarse y unirse con otras varias concausas, hacen tan difícil su demostración como su sola existencia.<sup>54</sup>

Parte de las numerosas dificultades que surgen a la hora de probar el nexo causal son las dudas científicas que constantemente se plantean, mismas que conspiran contra la certeza causal de daño ambiental. Por ello, el juez debe formarse criterio en base a probabilidades y no a la certeza absoluta,<sup>55</sup> lo anterior en aplicación estricta del principio precautorio. Debe de admitirse que el

juzgador sustente su decisión en un alto grado de probabilidad. En materia ambiental las partes procesales deben contentarse muchas veces con la probabilidad antes que con la certeza, por tanto, en muchas ocasiones, la certeza debe ser reemplazada por la probabilidad (superior 50%),<sup>56</sup> ya que si se espera certeza científica se trabajará sobre daños consumados, y es precisamente lo que se pretende evitar.

El juzgador debe ordenar y practicar todas las diligencias de prueba necesarias, para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso. Los medios de prueba pueden ser todos los que estén permitidos por el Derecho público y el Derecho común, y lo ideal es que las pruebas puedan ser consignadas y aportadas al proceso, mediante cualquier tipo de soporte documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, tal y como lo prevé el artículo 82 del CPCA.

Los procesos de responsabilidad por daño ambiental exigen a un juzgador más activo, quien además de ser el director del proceso debe ser el jefe de la prueba, en el entendido que debe participar, junto con las partes, a su búsqueda, pues su fin es llegar a la verdad

52. Artículo 22 CPCA

53. Cafferatta, N., *El principio de prevención en el Derecho Ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

54. Cafferatta, N., Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

55. Goldenberg, I., *Daño Ambiental*, Problemática de la determinación causal, Editorial Abeledo Perrot, 2001

56. Cafferatta, N., Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

real de los hechos y a la vez, salvaguardar el interés público ambiental. Se parte entonces de un juez comprometido socialmente, quien debe garantizar el mandato constitucional de garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Reviste especial importancia la prueba pericial técnica- científica, con la que por lo general, no están familiarizados los jueces convencionales, en donde se requiere para su valoración una alta especialización y conocimiento científico. Por ello, los dictámenes emitidos por organismos especializados del Estado deben ostentar fuerza probatoria iuris tantum, pudiendo ser rebatidos únicamente por otros informes técnicos. Al respecto, el artículo 95 del CPCA establece que los dictámenes periciales deben presentarse por escrito, firmados y fechados, sin perjuicio del informe oral en las audiencias. Deben estar fundamentados y contener, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos, y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. Una vez rendido el informe pericial, se pondrá en conocimiento de todas las partes.

El numeral 103 del CPCA faculta a cualquiera de las partes a solicitarle al Tribunal la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica. El Tribunal podrá citar a la audiencia a un consultor, para efectos de ilustración y, excepcionalmente, podrá autorizarlo para que

interrogue a los peritos y testigos. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales y acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen; además, de sus observaciones se dejará constancia. También, durante la audiencia las partes podrán tener a un consultor para que las auxilie, en los actos propios de su función. Ello le ayudará al juzgador a entender y valorar la prueba altamente científica.

La relación de causalidad es el presupuesto más difícil de probar, por ello la tendencia es hacia la inversión de la carga probatoria en materia de responsabilidad por daño ambiental. Así lo establece el artículo 110 de la Ley de Biodiversidad al disponer que la carga de la prueba de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponde a quien se le acusa de haber ocasionado daño ambiental.

Se trata de aligerar la carga de la prueba de la víctima del daño ambiental, por tratarse de la parte más endeble de la relación y con el fin de restituir el equilibrio afectado por la masividad de conductas riesgosas. La inversión de la carga de la prueba es producto de la responsabilidad objetiva por riesgo creado de aplicación al daño ambiental. Cae entonces en la espalda del demandado demostrar su no participación, ya que la culpa se presume por la actividad riesgosa. La parte actora solo debe demostrar que el agente pudo haber causado el daño acontecido, mientras que el demandado debe demostrar que la causa real del siniestro ambiental fue otra, o bien,

excusarse mediante las excepciones de fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero.<sup>57</sup>

Cuando no es posible procesalmente la inversión de la carga probatoria, el juez debe exigir la cooperación imprescindible de las partes para llegar a la verdad de los hechos. La parte que se halle en mejores condiciones según las circunstancias es la que llevaría la carga. Quien realiza la actividad riesgosa es quien debe desmeritar los hechos que se le atribuyen ya que existe una ventaja en quien genera la contaminación de poseer mayor conocimiento sobre las causas y consecuencias de las acciones producidas por su actividad, y suele ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el

demandado, probar la existencia o no del daño. Cabe destacar que el Derecho, en principio, siempre protege a la parte más débil de la relación jurídica. (Indubio pro infante, ambiente, operario, consumidor)

Respecto a la valoración de la prueba reviste especial importancia el criterio “res ipsa loquitur” el cual implica que la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa, a la vez se deduce que la causa del daño fue la culpa. Para casos de alto complejidad como los ambientales se propone un tratamiento diferente de la prueba, innovador, destacando mayor flexibilidad en el proceso de evaluación de la sana crítica racional, mediante un mecanismo intelectual de

57. Al respecto la sentencia constitucional número 2000-1669 de las 14:51 horas del 18 de febrero del 2000 expresó: “Previo al análisis de fondo del presente recurso, debe señalarse que dentro de la problemática de la destrucción al medio ambiente, destaca como un punto de especial relevancia el tema de la responsabilidad por daño ambiental, al cual se le ha dado un trato diferente, tomando en consideración las características propias de la materia de que se trata. El Estado, para asegurarse de alguna manera el resarcimiento por los daños ocasionados al medio ambiente, ha creado una serie de normas en las que se regula lo referente a la responsabilidad ambiental, sin perder de vista, eso si, el necesario equilibrio que ha de existir entre la protección del ambiente y el desarrollo de las actividades de los particulares. En el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad, de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno por responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del trasgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente. Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad donde lo que priva es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad. Así las cosas, en muchas ocasiones no es posible determinar, ni al culpable, ni la norma legal infringida, pues en la mayoría de los casos el daño es producto de una omisión, pero ciertamente se perjudica a terceras personas o Estados, las o los que necesariamente son objeto de indemnización. Dentro de este contexto es que debe entenderse el contenido del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente”. // De forma similar, la Sala Primera de Casación mediante la sentencia de las dieciséis horas del seis de junio de dos mil uno dispuso: “...desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como si acontece con la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de los posibles efectos se puede incluir el causarle un mal a terceros”. La Sala Primera de Casación deja claro que en materia ambiental, no se aplica la responsabilidad subjetiva, alegando que en dicha hipótesis, el damnificado debe probar el nexo de causalidad entre la acción de un agente dañino y los perjuicios sufridos. “En la responsabilidad objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante del daño, y por consiguiente el responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita. El ordenamiento parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.”

apreciación de la fuerza de convicción de los medios probatorios, donde el intérprete deberá actuar con amplitud y flexibilidad, aplicando los principios propios del derecho ambiental.

La prueba se debe valorar en conjunto, respetando el contradictorio y conforme a los criterios de la lógica, experiencia, ciencia, el correcto entendimiento humano y las presunciones humanas o legales.<sup>58</sup> De esta forma el juzgador está obligado a expresar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus conclusiones, según le hubieren conferido mayor o menor valor a unas u otras conforme a su credibilidad, derivada de una apreciación conjunta y armónica de las probanzas evacuadas y las eventuales presunciones. El juzgador debe realizar un análisis comprensivo y no atomístico de los elementos probatorios.<sup>59</sup> Si resulta indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad real de los hechos controvertidos, el juez se encuentra facultado a ordenar, de oficio, la recepción de cualquier prueba no ofrecida por las partes.<sup>60</sup>

Debe tenerse en cuenta que en materia de responsabilidad ambiental la prueba de presunciones posee un valor excepcional. En muchas ocasiones el juzgador debe valerse

de indicios y con ellos aplicar presunciones, valorándolos críticamente para llegar al convencimiento respecto a la existencia del hecho. Para ello, también es posible aplicar la teoría de la prueba prima facie, donde el juez admite como cierto, con carácter provisorio, la existencia de circunstancias que según la experiencia común, debían concurrir para que se verificare el hecho atribuido. En todos estos casos se admiten simples argumentos de probabilidad, que no producen una evidencia objetiva, pero que se tienen en cuenta como excepción debido a la dificultad probatoria

La prueba ambiental es una prueba difícil lo que determina que el juzgador debe adoptar una actitud proclive al favor probationen. Por ello, bajo ciertas circunstancias debe aplicar un aflojamiento del rigor probatorio, un inusual emplazamiento de las pruebas indirectas y eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias. En ocasiones el uso prudente de presunciones será suficiente, en otras, el juzgador deberá laborar sobre la base de hechos virtuales, que son los que no han sucedido, que podrían suceder o hubieren podido suceder. La suposición, en casos difíciles de probar, puede y debe ser tenida en cuenta, pues no deja de ser una máxima de experiencia. La

58. De conformidad con el numeral 82 del CPCA todas las pruebas deben ser apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

59. Cafferatta N., Proceso Colectivo Ambiental a la luz de la Ley 25675 General del Ambiente, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero – marzo 2003, Editora Dos Tribunais, Brasil.

60. Artículo 93 CPCA.

extraordinaria complejidad de la prueba del daño ambiental requiere de elastizar posturas rígidas, para facilitar la labor judicial.<sup>61</sup>

## 5. Sentencia.

Los efectos de las sentencias en los procesos de responsabilidad por daño ambiental, a raíz de la confluencia de intereses difusos, deberían extenderse a situaciones análogas, aún cuando los afectados no fueren parte del proceso. De esta forma, las sentencias en los procesos por responsabilidad ambiental deben romper con el principio de relatividad, aquel que indica que la misma despliega únicamente efectos entre las partes procesales, debiendo extenderse a todos aquellos a quienes pudiere interesar al ser copartícipes del mismo interés ventilado, esto por razones de conveniencia, certeza y economía procesal.

Lo ideal sería que las sentencias en procesos colectivos ambientales tuvieran efectos erga omnes y eficacia de cosa juzgada material, salvo que la acción sea denegada por falta

de prueba, donde cualquiera podría intentar nueva acción fundamentándose en nueva prueba. La eficacia erga omnes lo sería para beneficiar y se transmite a los demás, pero no para perjudicarlos.<sup>62</sup>

Al respecto, el numeral 48 del CPCA dispone que aún la sentencia dictada en procesos unificados en donde confluyen intereses grupales, colectivos, corporativos o difusos, producen con su firmeza, cosa juzgada material respecto de todas las partes que haya concurrido en él. En cuanto a la extensión de los efectos de las sentencias fuera del ámbito de las partes procesales, el CPCA prevé un procedimiento especial precisamente para su extensión y adaptación, en este caso de la jurisprudencia a terceros interesados, sin que implique que las sentencias desplieguen efectos erga omnes.

Es así como el numeral 185 establece que los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido

61. Cafferatta, N. Prueba y Nexa de Causalidad en el Daño Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

62. Esta línea es la que sigue el proyecto de ley de Código Procesal General de Costa Rica, el cual dispone de reglas especiales para las sentencias en donde se discuten intereses difusos y colectivos. En estos casos el juez deberá delimitar la composición del grupo, indicando con precisión las pautas necesarias para individualizar a los sujetos a quienes se extenderán los efectos de cosa juzgada, deberá fijar las bases de la liquidación o adhesión de los términos de la ejecución y el procedimiento para reconocer los derechos de los interesados, incluyendo los no apersonados. Paso siguiente, ordenará publicar un extracto de la demanda así como del resultado de la sentencia firme o los términos del arreglo final. Las sentencias de intereses de grupo tendrá eficacia de cosa juzgada material si fuere estimatoria y con carácter general en beneficio de quienes se encuentren en idénticas condiciones, con la excepción si hubieren sido absolutorios en ausencia de pruebas, pudiéndose, en éste último caso, volver a plantear la misma cuestión en un nuevo proceso, siempre que sea otro sujeto procesal legitimado. Si la sentencia contiene una condena dineraria, la misma determinará individualmente las personas que deben entenderse por beneficiadas. Si dentro de la sentencia la determinación individual de beneficiarios no es posible, la misma establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago, y en su caso, para poder instar ejecución o intervenir en ésta.

una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, siempre que, en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado. La solicitud debe dirigirse a la administración demandada, en forma razonada, con la obligada referencia o fotocopia de las sentencias, dentro del plazo de un año, a partir de la firmeza del segundo fallo en el mismo sentido. Si transcurren quince días hábiles sin que se notifique resolución alguna o cuando la administración deniegue la solicitud de modo expreso podrá acudir, sin más trámite ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; según corresponda.

La petición se formulará en escrito razonado, con el que se acompañará y ofrecerá la prueba que acredite su situación jurídica y, de ella, se da traslado a la contraria por el plazo de cinco días, para formular los alegatos y ofrecer las pruebas pertinentes. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, según corresponda, señalarán, una audiencia oral, la cual se celebrará en un plazo máximo de quince días hábiles, a partir de la notificación a las partes, con el objeto de definir la admisibilidad y procedencia de la solicitud.<sup>63</sup>

Cuando la solicitud se estime procedente, se

emitirá la resolución en la cual se ordenará la extensión y adaptación de los efectos de los fallos; dicha resolución se hará efectiva por el trámite de ejecución de sentencia. Será denegada, cuando exista jurisprudencia contradictoria o no exista igualdad de objeto y causa.<sup>64</sup> Siempre queda abierta la posibilidad de que la Sala Primera y el Tribunal de Casación puedan modificar sus criterios jurisprudenciales, mediante resolución debidamente motivada, con efectos hacia futuro.<sup>65</sup>

El artículo 130 del CPCA dispone que la sentencia que acuerde la inadmisibilidad o improcedencia de la pretensión solo produce efectos entre las partes. La que declare la invalidez de la conducta administrativa impugnada genera efectos para todas las personas vinculadas a dicha conducta. La anulación de un acto administrativo de alcance general produce efectos erga omnes, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas. La sentencia firme debe ser publicada íntegramente en el diario oficial La Gaceta, con cargo a la administración que la haya dictado. La estimación de pretensiones de reconocimiento o de restablecimiento de una situación jurídica, solo producirá efectos entre las partes.

#### 4.11 Ejecución de Sentencia y Reparación

63. Artículo 186 del CPCA.

64. Artículo 187 del CPCA.

65. Artículo 188 del CPCA

#### del daño ambiental

Durante la tramitación del proceso el juzgador tiene el deber de prevenir la consecución del daño ambiental, incluso el daño incierto científicamente; mientras que en sentencia, debe asegurar la descontaminación del ambiente dañado y restaurarlo en la medida de lo posible a la situación anterior al hecho dañoso. Por último, debe contemplar la

indemnización de los derechos subjetivos de los sujetos afectados en sus bienes patrimoniales y extramatrimoniales.<sup>66</sup>

Todo lo anterior, debe ser ordenado en sentencia y ejecutado aún de oficio<sup>67</sup>, mediante el procedimiento previsto por el CPCA, al cual el juzgador debe amoldarlo con los principios ambientales de prevención, corrección a la fuente y contaminador pagador propios del

66. "Se parte de la existencia de dos clases de daños, por una parte, el daño particular o aquel sufrido por la persona o personas ofendidas, el cual requiere únicamente la puesta en peligro o la lesión, del bien jurídico, así como la constatación del daño acontecido sobre dicho bien, por otra parte se encuentra al daño social, o aquel que sucede sobre bienes jurídicos de naturaleza común o colectiva, o también, sobre bienes jurídicos individuales con repercusiones sociales, en donde la pérdida, menoscabo o detrimento lo sufre la colectividad como un todo, por lo que el interés en su reparación o restauración se encuentra diluido entre todos y cada uno de los sujetos de la colectividad, así como en el Estado mismo como garante de tal tipo de bienes" Peña Chacón, M., "La condena de ejecución condicional de la pena en los delitos ambientales", publicado en Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VIII, noviembre 2003, número 101, México; en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 11 de abril de 2006, año IX, Argentina, [www.eldia.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp](http://www.eldia.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp), y en Ciberjura Portal Jurídico Peruano, [www.ciberjura.com.pe](http://www.ciberjura.com.pe), 16 de agosto de 2006, Perú

67. El CPCA es omiso en cuanto a la facultad procesal del juzgador de ejecutar su propia sentencia de manera oficiosa, aún sin instancia de parte, en procesos donde se ordene la reparación del ambiente, pero lo cierto del caso es que tratándose de un interés público constitucional y legalmente tutelado y de un juez comprometido socialmente con la causa ambiental, debe llegarse a la ineludible conclusión que dentro de sus deberes se encuentra el de ordenar, aún de oficio, la reparación y recomposición del ambiente degradado.



derecho ambiental.<sup>68</sup> La sentencia que ordena así como aquellas formas de control para su la reparación del ambiente degradado debe cumplimiento.<sup>69</sup> Cuando la condena recae de fijar los plazos y etapas para su concreción forma solidaria<sup>70</sup> entre varios sujetos (físicos

68. Al respecto el artículo 122 del CPCA dispone que cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, entre otros, los siguientes pronunciamientos: a) Declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexos. b) Anular, total o parcialmente, la conducta administrativa. c) Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso. d) Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello. e) Declarar la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo. f) Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública. g) Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico. h) En los casos excepcionales en los que la Administración sea parte actora, se podrá imponer a un sujeto de Derecho privado, público o mixto, una condena de hacer, de no hacer o de dar. i) Declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d) de este artículo. j) Ordenar a la Administración Pública que se abstenga de adoptar o ejecutar cualquier conducta administrativa, que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona. k) Suprimir, aun de oficio, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida a proceso, cuando sea disconforme con el ordenamiento jurídico. l) Hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima. m) Condenar al pago de los daños y perjuicios, en los siguientes términos: i) Pronunciamiento sobre su existencia y cuantía, siempre que consten probados en autos al dictarse la sentencia. ii) Pronunciamiento en abstracto, cuando conste su existencia, pero no su cuantía. iii) Pronunciamiento en abstracto, cuando no conste su existencia y cuantía, siempre que sean consecuencia de la conducta administrativa o relación jurídico-administrativa objeto de la demanda.

69. Al respecto puede consultarse la resolución 2003-0366 de las once horas cincuenta y cuatro minutos del cinco de mayo del dos mil tres del Tribunal Superior de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

70. Tratándose de materia ambiental, lo ideal es que la responsabilidad civil sea de tipo solidaria. Así lo establece expresamente el numeral 101 de la Ley Orgánica del Ambiente el cual reza lo siguiente “Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica.” Basándose en los lineamientos generales otorgados por el numeral 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, en los procesos en donde se discuta afectaciones al medio ambiente o a la diversidad biológica, responden de manera solidaria todos y cada uno de los sujetos que hayan contribuido, sea por acción u omisión, a la consecución del daño acontecido. Dentro de los sujetos sobre los cuales puede recaer responsabilidad se encuentran todo tipo de personas físicas o jurídicas, representantes o directores de las personas jurídicas, así como sobre funcionarios públicos y profesionales en materia de EIA y de monitoreo y control sobre planes de manejo encomendados a su cargo.

o jurídicos, públicos o privados) lo ideal es que la misma señale la cuota porcentual por la que responderá cada uno ellos.<sup>71</sup> cosas a su estado anterior, sino que engloba la prevención de futuros daños, gracias a la adopción de medidas correctoras.<sup>72</sup>

El sistema de reparación ideal del medio ambiente es aquel que restituye las cosas, objetos o bienes al estado anterior a aquel en que aconteció el daño. En doctrina se la ha denominado a este tipo de reparación “Reparación in natura” o “Reparación quo ante”, siendo el término más apropiado para denominar a este tipo de reparación “Restitutio in pristinum”, pues este último vocablo, no solo abarca la restitución de las

De esta forma, en la medida de lo posible, la “restitutio in pristinum” debe ser siempre la primera medida que el juzgador ha de procurar en sentencia, cuando se produce un daño al ambiente, y únicamente cuando conste en el expediente fehacientemente que dicha reparación es imposible de realizar, ya sea por la irreversibilidad del daño, o bien, por un costo económico desproporcionado e irracional, ordenará alguna otra forma de reparación del entorno.<sup>73</sup>

71. Así lo dispone el artículo 135 de las Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según ley 4891 del 8 de noviembre de 1971 que dispone: “Es solidaria la obligación de los partícipes en un hecho punible en cuanto a la reparación civil; pero entre ellos cada uno responderá por la cuota que le señale el juez, según su participación”.

72. Sánchez, A.J, La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente, Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2002., [www.cica.es/aliens/gimadus/](http://www.cica.es/aliens/gimadus/)

73. Al respecto el numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.” Tratándose de bosques, la Ley de Aguas en su numeral 151 obliga al infractor a reponer los árboles destruidos en terrenos situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación, aquellos que puedan ser explotados sin necesidad cortarlos, así como los situados en terrenos atravesados por ríos, arroyos, o en bosques donde existan manantiales. Específicamente en materia de humedales, el artículo 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con multa de cien mil colones convertible en pena de prisión de uno a dos años, quien drene lagos, lagunas no artificiales y demás humedales, sin la previa autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de drenaje, para lo cual se faculta a la Dirección precitada, a fin de efectuar los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor. También en materia de minería el Código de Minería en su artículo 24 establece la obligación del titular del permiso de exploración de “cegar las excavaciones que hiciere y en todo caso, a pagar los daños y perjuicios que causare, a criterio de la Dirección o a juicio de peritos.” Por último, tratándose de degradación de suelos el numeral 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos establece “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados.”

Si bien es cierto, la reparación in pristinum es la forma idealizada de reparar el daño ambiental, la misma acarrea una serie de dificultades tanto en su planeamiento como en su ejecución, entre ellas: el margen de discrecionalidad con que generalmente se cuenta a la hora de realizar las obras que recomponen el ambiente, o bien, la de encontrar y armonizar los diferentes criterios técnicos y científicos sobre la forma de llevar a cabo la reparación, y por último y la más importante, la dificultad que acarrea cualquier recomposición al estado anterior de las cosas, por la falta en muchas ocasiones, de conocimientos científicos acerca de cómo era el entorno antes del hecho acaecido. Es así como, bajo ciertas circunstancias donde los daños no son excesivos, el criterio técnico y científico establece que es mejor dejar que la misma naturaleza se encargue de su regeneración, y aplicar otras formas de reparación del ambiente.

Cuando el daño es irreversible, o bien, el costo de la reparación violenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se debe buscar otras formas de composición del daño acaecido.<sup>74</sup> Una de estas formas es la restauración equivalente o también llamada restauración alternativa<sup>75</sup>, la cual consiste en realizar obras componedores del ambiente, ya no en el lugar o fuente donde aconteció, sino en otros ecosistemas que si permitan la recomposición de sus elementos, y que igualmente se encuentran degradados.

Todo daño ambiental produce daños biofísicos y sociales, esto implica necesariamente una cuantificación económica. La valoración del daño en términos económicos acarrea siempre el problema de otorgar valor a bienes que por lo general son públicos y carecen de valor de mercado, de igual forma, existen problemas para fijar las bases y parámetros con los cuales fijar el valor de las indemnizaciones.<sup>76</sup> De esta forma, es necesario evaluar los daños

con el fin de conocer el valor económico de los recursos naturales y de los servicios dados a la comunidad, y que a la postre, se han disminuido o perdido, al tiempo que hay que medir el deterioro sufrido y evaluar los recursos dañados.

Si bien, el tema de la obligatoriedad de la reparación ambiental como consecuencia de actividades humanas ha sido ampliamente desarrollado tanto por la legislación como por la jurisprudencia costarricense, la forma en que ello debe llevarse a la práctica se encuentra prácticamente a la libre, no existiendo por tanto, normativa que fije los lineamientos básicos al respecto.

Al condenado en sentencia (sea a la Administración condenada y/o al particular que contribuyó al daño ambiental) les corresponde la reparación del ambiente degradado, pero cuando no haya sido posible determinar al sujeto pasivo de la obligación de recomposición, esta tarea le corresponderá realizarla al propio Estado, aunque no haya sido el causante del mismo. La obligación estatal en proteger y reparar los daños acontecidos en contra medio ambiente como bien de naturaleza común o colectiva, deviene de Constitución Política, Tratados Internacionales, y de la normativa de rango inferior.<sup>77</sup>

74. En cuanto al excesivo costo económico por la reparación a realizar, es importante recalcar que en estos casos, el principio de proporcionalidad debe relajarse un poco, y únicamente cuando el costo económico de la reparación sea realmente exorbitante, se procederá a otro sistema de reparación que no sea en la recomposición ambiental en la fuente donde aconteció el daño.

75. "En cuanto a la restauración equivalente, la recuperación de los bienes dañados puede en ocasiones sortear ciertos obstáculos, mediante la creación en otro lugar próximo o remoto, de las condiciones que hicieron posible el éxito de la vida en el ecosistema dañado, reconstruyendo por ejemplo hábitat, repoblando tierras, o soltando alevines en cauces". Martín Mateo, R., Valoración de los daños ambientales, en Seminario sobre Daño Ambiental, recopilación realizada por la Procuraduría General de la República, 1999.

76. "Para la doctrina alemana la valoración del daño ambiental requiere dos análisis: en primer lugar establecer el tipo y el grado de efectos negativos sobre el ambiente; es necesario determinar si una particular mutación del ambiente, causado por la actividad humana, tendría efectos contrarios sobre el ambiente y debe por esto considerarse un daño ambiental en el que consista tal daño. En segundo lugar la entidad daño debe ser valorada en términos económicos. El daño comprende los costos de saneamiento, costos para la cesación de cierta actividad, costos de sustitución; la propuesta a pagar por un informe de mejoramiento de tipo ambiental; la propuesta a vender los propios derechos, esto es aceptar una indemnización a cambio de tolerar hasta un cierto deterioro ambiental" Rehinder, E., "Il danno ambientale come danno economico e giuridico".

#### 4.12. Prescripción y plazo para la salud y el medio ambiente causados por las alteraciones realizadas por el ser humano son generalmente desconocidas y en algunas ocasiones imposibles de conocer,

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales, los efectos sobre

77. Tratados internacionales y Declaraciones Ambientales suscritas por Costa Rica, entre las que se encuentran: Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo del 2002, vienen a reafirmar ese poder – deber del Estado de proteger el medio ambiente previniendo acciones que lleguen a degradarlo. De igual forma, subsiste la obligación estatal de sancionar a los sujetos infractores de la normativa ambiental, y de aplicar los principios propios del derecho ambiental internacional. Al efecto el texto constitucional costarricense en el párrafo segundo del artículo 50 establece “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.” El numeral 41 de la Constitución Política establece “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Además, el párrafo segundo del numeral 28 constitucional enuncia “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”, lo cual viene a marcar el terreno en cuanto a la protección y reparación del ambiente, pues interpretando a contrario sensu, el deber del Estado en intervenir en la protección y restauración del ambiente se encuentra supeditado a que las conductas que se les achaque a particulares dañen la moral, el orden público o causen daño a terceros. Es importante recalcar que la Constitución Política reconoce una serie de derechos y facultades a los particulares que en teoría podrían encontrar roces con el derecho a un ambiente sano. Al respecto, y de conformidad con el principio de lesión, el ejercicio legítimo de un derecho tiene como límites los derechos de los demás y el ejercicio racional del mismo. Por ello, el numeral 22 del Código Civil de Costa Rica establece la teoría del abuso del derecho, por medio del cual la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial de éste, por lo que todo acto u omisión que sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a un tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. De igual forma, y en desarrollo del deber de reparación, el mismo Código Civil de Costa Rica en su numeral 1045 recoge el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Dicho principio llevado al derecho ambiental se encuentra contenido dentro del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente que al efecto reza “Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión”. En concordancia con lo anteriormente expuesto, los artículos 45, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas, “El estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad”; “La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y Energía y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados”.

pudiendo ser producto de un proceso dilatado en tiempo, generado por un único acto o bien por una serie de actos sucesivos cuya conflagración provoca un daño mayor a aquel que se produciría por cada una de los hechos individualmente tomados.

Por ello, lo ideal sería extender lo máximo posible cualquier plazo de prescripción del derecho a reclamar la recomposición del ambiente, dándole por tanto la oportunidad a los sujetos afectados, ya sea directa o indirectamente, de interponer acciones judiciales tendientes a resarcir el daño acontecido, con el fin que el tiempo no se convierta en una barrera procesal que coarte el derecho de cualquier sujeto a reclamar la recomposición del ambiente. Siguiendo el criterio utilizado para los delitos de lesa humanidad, podría pensarse en la implementación de la imprescriptibilidad de las acciones dañinas al medio ambiente o bien, al menos la suspensión de plazos mientras la acción dañina o bien el daño se encuentren desplegando efectos, lo anterior sustentado en el hecho de formar parte de los derechos humanos de tercera generación.

Sobre el tema, el artículo 41 del CPCA dispone de manera general que el plazo máximo para incoar el proceso es el mismo que dispone el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción para el respectivo derecho de fondo, que tratándose del derecho a reclamar daños a la Administración Pública y sus servidores correspondería al término cuatro años establecido por el numeral 198 de la Ley

General de Administración Pública, mientras que tratándose de particulares habría que sujetarse al plazo de la prescripción ordinaria establecido por el numeral 868 del Código Civil de diez años.

Además, y tratándose de la impugnación de actos administrativos son impugnables aquellos absolutamente nulos, para efectos de su anulación e inaplicabilidad futura, así como las conductas omisivas, mientras subsistan sus efectos continuados, pero ello únicamente para su anulación e inaplicabilidad futura, siendo el plazo máximo para interponer el proceso será de un año a partir del día siguiente al cese de sus efectos.

#### 4.13. Procedimiento de trámite preferente para la protección del interés público ambiental.

El artículo 60 del CPCA faculta al juez tramitador, de oficio o a gestión de cualquiera de las partes, cuando considere que el asunto bajo su instrucción reviste urgencia o necesidad o es de gran trascendencia para el interés público, directamente remitir al conocimiento del tribunal de juicio, para que este decida si se le da trámite preferente, mediante resolución motivada que carece de recurso de impugnación.

Por urgentes, de necesidad o de gran trascendencia para el interés público, deberían interpretarse todas aquellas controversias jurídicas originadas en las actividades y conductas humanas de acción

u omisión cuyo efecto impacte de manera grave y negativa valores fundamentales como la vida, la salud y el ambiente, los recursos naturales, la integridad de los ecosistemas, la biodiversidad, la belleza escénica y el dominio público. Por ello, los procesos contencioso administrativos de responsabilidad por daño ambiental, en donde sea necesario prevenir, cesar o reparar los efectos negativos del acto, actividad, obra o proyecto, degradante del ambiente o de la salud de los administrados, debería seguir este tipo de procedimiento especial y expedito.

De dársele trámite preferente, se da traslado de la demanda y se concede un plazo perentorio de cinco días hábiles para su contestación. Cuando resulte necesario, el tribunal puede disponer celebrar una única audiencia en la que conocerá y resolverá sobre los extremos propios de una audiencia preliminar,<sup>78</sup> se evacuará la prueba y oírán conclusiones de las partes. De no haber

pruebas por evacuar se prescindirá de la audiencia oral y pública. Únicamente cuando surjan hechos nuevos o deba completarse la prueba a juicio del tribunal, podrá celebrarse una nueva audiencia.

El señalamiento de la audiencia tiene prioridad en la agenda del tribunal. Si la conversión del proceso se produce en una oportunidad procesal posterior, el tribunal dispondrá el ajuste correspondiente a las reglas de dicho párrafo. La sentencia deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se decidió darle trámite preferente al proceso o, en su caso, a partir de la celebración de la última audiencia. En caso de ser planteado, la resolución del recurso de casación tendrá prioridad en la agenda del Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según corresponda. El recurso deberá resolverse en un plazo de diez días hábiles

78. De conformidad con el numeral 90 del CPCA en la audiencia preliminar, en forma oral, se resuelve: a) El saneamiento del proceso, cuando sea necesario, resolviendo toda clase de nulidades procesales, alegadas o no, y las demás cuestiones no atinentes al mérito del asunto. b) La aclaración y el ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda y contestación y réplica, cuando, a criterio del juez tramitador, resulten oscuros o imprecisos, sea de oficio o a gestión de parte. c) La intervención del coadyuvante. d) Las defensas previas. e) La determinación de los hechos controvertidos y con trascendencia para la resolución del caso y que deban ser objeto de prueba. Durante la audiencia, las partes podrán ofrecer otros medios de prueba que, a juicio del juez tramitador, sean de interés para la resolución del proceso y se refieran, únicamente, a hechos nuevos o a rectificaciones realizadas en la propia audiencia. También se resolverá la admisión de los elementos probatorios ofrecidos, cuando así proceda, se rechazarán los que sean evidentemente impertinentes o inconducentes, y se dispondrá el señalamiento y diligenciamiento de los que correspondan.

## Conclusiones

Mientras no sea creada una jurisdicción ambiental especial, los procesos de responsabilidad por daño ambiental deben ventilarse en las vías procesales disponibles. Tratándose de la responsabilidad ambiental de la Administración Pública derivada de su funcionamiento normal o anormal, lícito o ilícito, es la jurisdicción contenciosa administrativa la competente para dilucidar este tipo de controversias jurídicas.

Como se ha demostrado a lo largo del presente estudio, muchos de los principios propios del derecho ambiental y de la responsabilidad por daño ambiental, o están ya contemplados, o pueden integrarse vía interpretación e integración al proceso contencioso administrativo, siempre y cuando el operador haga un buen uso de las herramientas que proporciona el mismo ordenamiento jurídico, siendo el procedimiento de trámite preferente el ideal para resolver este tipo de controversias. No obstante lo anterior, el legislador optó por obviar la posibilidad de regular procesos

colectivos (tan comunes y necesarios en materia de responsabilidad por daño ambiental) dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, pese a los tímidos artículos que regulan el denominado proceso unificado, evitando con ello lidiar con la complejidad que implica integrar los intereses difusos y de normar las conciliaciones en procesos con pluralidad de partes y de afectados, tampoco le otorgó a las sentencias eficacia erga omnes prefiriendo crear un nuevo procedimiento de adaptación de la jurisprudencia a terceros.

Se debe recordar que para un país como Costa Rica, que se jacta a nivel internacional de ser pionero y líder en la conservación de la naturaleza, es de suma importancia contar con las vías procesales apropiadas para resolver de la manera más apropiada los conflictos de carácter ambiental. Esta nueva normativa reúne los requisitos mínimos necesarios para que esto se cumpla, con la esperanza que el factor económico que implica su correcta implementación, por esta vez, no mediatice la aplicación del derecho ambiental.

## Bibliografía

- Cafferatta, Néstor., **La prueba en el daño ambiental**, publicado en la Revista Brasileira de Direito Ambiental, enero/marzo 2005, Editora Fiuza, vol 01, año 01.
- Cafferatta, Néstor, **El principio de prevención en el Derecho Ambiental**, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.
- Cafferatta, Néstor, **Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental**, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.
- Cafferatta Néstor, **Proceso Colectivo Ambiental a la luz de la Ley 25675 General del Ambiente**, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero – marzo 2003, Editora Dos Tribunais, Brasil.
- Conde Antequera, José, **La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente**, en “Medio Ambiente y Derecho” Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 11, diciembre 2004, accesible en la dirección:.
- Goldenberg, Isidoro., **Daño Ambiental, Problemática de la determinación causal**, Editorial Abeledo Perrot, 2001.
- Martín Mateo, Ramón, Valoración de los daños ambientales, en **Seminario sobre Daño Ambiental**, recopilación realizada por la Procuraduría General de la República, 1999.
- Peña Chacón, Mario, **Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental**, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Brasil.
- Peña Chacón, Mario, **Daño, Responsabilidad y Reparación del Medio Ambiente**, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006, San José, página 27.
- Peña Chacón, Mario, **Los principios de la responsabilidad ambiental a la luz de la jurisprudencia administrativa del Tribunal Ambiental de Costa Rica**, publicado en la Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, abril 2004, número 106, México, y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 24 de abril de 2006, año IX, Argentina, [www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp](http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp)
- Peña Chacón, Mario, **“La condena de ejecución condicional de la pena en los delitos ambientales”**, publicado en Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VIII, noviembre 2003, numero 101, México; en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 11 de abril de 2006, año IX, Argentina, [www.eldial.com/suplementos/ambiental.asp](http://www.eldial.com/suplementos/ambiental.asp), y en Ciberjure Portal Jurídico Peruano, [www.ciberjure.com.pe](http://www.ciberjure.com.pe), 16 de agosto de 2006, Perú
- Rehbinder, E., “Il danno ambientale come danno economico e giuridico”.
- Sánchez, A.J, La **“restitutio in pristinum”** como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente, Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2002., [www.cica.es/aliens/gimadus/](http://www.cica.es/aliens/gimadus/)

# PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

*Lic. Luis Albán Arias S.*

## ÍNDICE

### Introducción

#### I – Reserva de ley

A – Noción

B – Corolarios

#### II – Igualdad

A – Delimitación conceptual

B – Derivaciones

#### III – Generalidad

A – Esbozo

B – Resultados

### Conclusión

### Bibliografía

## PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

*Lic. Luis Albán Arias S*

### INTRODUCCIÓN

Los principios jurídicos, entendidos como las ideas y valores que inspiran al ordenamiento jurídico, son criterios de larga data que cumplen importantes funciones en los sistemas de derecho. Ellos orientan, señalan el norte, para el logro de los diferentes fines democráticos.

En materia constitucional y tributaria no se permanece indiferente frente a estos postulados. En virtud de eso, desde hace un buen tiempo, se había expresado la necesidad de que los órganos constitucionales examinarán, con amplitud, que cada ley tributaria respetara los preceptos establecidos en la propia constitución para la debida observancia del legislador.<sup>1</sup>

Por lo anterior, el propósito general de este estudio es examinar el tratamiento brindado

por la Sala Constitucional –en épocas recientes- a tres de los principales principios rectores del tributo.

Consecuentemente, los objetivos guías de este trabajo son los que a continuación se detallan:

- Establecer las acepciones que, respecto a cada postulado, maneja el alto tribunal.
- Reseñar su parecer en cuanto al contenido de los mismos.
- Exponer bajo que condiciones acepta la flexibilización de aquellos.

Para alcanzarlos -usando un método de carácter deductivo- empezaremos por considerar, en la correspondiente sección, el ángulo definitivo de cada precepto, con posterioridad examinaremos las consecuencias deducidas. De este modo esperamos poder cumplir los fines propuestos.

---

1. Corte Plena citada por T. S. C. A. – S. 2da.: #326-89.

## BREVES APUNTES EN MATERIA DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

Para los señores jueces constitucionales, dentro del Derecho Tributario, tres postulados jurídicos de suma importancia son: “a) el de legalidad de la tributación, conocido también, como reserva de ley; o lo que es lo mismo la exclusiva regulación de la actividad tributaria por ley formal; b) el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, que alude a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas circunstancias ...; c) el de generalidad, que implica que no deben resultar afectadas con el tributo, personas o bienes determinados singularmente, ...”<sup>2</sup>

### I - RESERVA DE LEY <sup>3 4</sup>

Este precepto, de singular trascendencia para el derecho que nos ocupa, constituye toda una garantía para los contribuyentes al prescribir el diseño del tributo. Asegurando con eso la consecución de ciertos propósitos y eliminando atropellos.

### A – NOCIÓN

Cuentan los entendidos, a manera de antecedente, que el principio se remonta al 15 de junio del año 1215. En aquella época, el monarca inglés –mediante la Carta Magna– delegó en el Parlamento la imposición de tributos. Así el consentimiento de los representantes populares se constituyó, a partir de ese momento, en una exigencia. La cual con posterioridad, vigorizada por la Declaración de los Derechos del Hombre, se trasladó al resto de los países.<sup>5</sup>

Es por eso que – en la actualidad– “... la causa fuente de la obligación, por la cual el contribuyente está obligado al pago de los tributos, es la ley.” Muy sencillamente el postulado se suele enunciar como la necesaria existencia de una disposición legal que imponga la contribución.<sup>6</sup> Aunque, en forma particular, estimamos más conveniente una concepción que denote, con total claridad, su elevado rango. Optamos, en consecuencia, por entenderlo como un precepto constitucional que garantiza al ciudadano, en el caso de nuestra materia,

2. S. Cp.: #2197-92. Lo cual, con posterioridad, fue reiterado. S. Cp.: #4496-94, #4510-94, #4511-94, #4512-94, #1269-95, #3450-95

3. Constitución Política, art. 121 inc. 13.

4. Todo empieza con la afamada expresión “nullum tributum sine lege”. La actividad de la Administración se subordina a la ley. De allí que la materia tributaria este sometida a regulación por parte del legislador. Ello en atención a los derechos de la ciudadanía. Ver al respecto: Casas, 1994, pp. 112-117; Luqui, 1993, p.34.

5. Ver en igual sentido: Rodríguez, 1998, p. 36; Villalobos, 1991, p. 50, S. Cp.: #4806-99.

6. Ver al respecto: Pérez, 1997, p. 41; Villalobos, 1991, p. 50; S. Cp.: #4806-99, #5877-99.

tributos establecidos por una ley que encuentra su origen en el órgano y el procedimiento previstos por el constituyente.<sup>7</sup>

Nuestro más alto tribunal, siguiendo una modalidad enumerativa, en varios votos, define al principio en estudio como: “... aquel que garantiza que la creación, modificación o supresión de tributos, cargas o exacciones, la definición del hecho generador de la relación tributaria, así como el otorgamiento de exenciones o beneficios solo puede disponerse en una ley.”<sup>8</sup>

De los párrafos que preceden, resulta manifiesto que la competencia en este campo está asignada –en el caso patrio– a la Asamblea Legislativa. Algo que es común a prácticamente todas las constituciones modernas. En ellas expresamente se señala una exclusividad para el Congreso en este tópico.<sup>9</sup> El cual, como de seguido veremos, contempla diversas opciones.

### B – COROLARIOS

Para la observancia y respeto del postulado es menester que el Parlamento en su regulación

contemple los elementos esenciales del tributo.<sup>10</sup> En esto el consenso es enorme. Entre otros, a manera de ejemplo, suelen citarse los siguientes aspectos: hecho imponible, sujetos pasivos, cuantificación de la obligación, derechos del contribuyente.<sup>11</sup>

Respecto a esta temática la Sala Constitucional hace una importante consideración. Los señores magistrados distinguen entre dos clases de reserva: “... puede ser “absoluta”, cuando sólo la propia ley formal puede disponer la regulación, o “relativa”, cuando tan sólo se necesita de una ley habilitante, capaz de delegarla en terceros –generalmente la Administración–, desde luego estableciendo por lo menos sus criterios y condiciones generales y los límites de la propia delegación.”<sup>11</sup>

En el primer caso, entonces, toda la ordenación relativa a la contribución de que se trate será encargo del legislador. Así las cosas, “la ley debe llevar a cabo de manera acabada la completa regulación de la materia

7. Ver en igual sentido: Navarro, 1998, p. 40; Rodríguez, 1998, p. 37.

8. S. Cp.: #1830-99, #4844-99. Entre otros.

9. Esta prohibido “... a otro poder que no sea el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas.” Corte Suprema Nacional Argentina citada por Luqui, 1993, p. 40. Ver en igual sentido: Casas, 1994, pp. 111-112; Navarro, 1998, p.40.

10. “La ley debe establecer todos los aspectos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria (...), así como los relativos a la responsabilidad tributaria, a la tipificación de infracciones, imposición de sanciones y establecimiento de limitaciones a los derechos y garantías individuales.” Simposio sobre el Principio de Legalidad en el Derecho Tributario citado por Casas, 1994, p. 123.

11. S. Cp.: #4806-99.



a ella reservada, ...”<sup>12</sup> Consecuencia de lo anterior, nace una imposibilidad de delegar ciertas prerrogativas.<sup>13</sup>

Con relación al segundo punto<sup>14</sup>, y de conformidad con la argumentación que venimos sosteniendo, la exigencia de legalidad versa sobre determinados aspectos especiales. Para, de este modo, fijar los parámetros a obedecer en la específica determinación impositiva.<sup>15</sup>

Normalmente, en el supuesto de comentario, aparece la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Acerca de esto debe tenerse presente que los reglamentos únicamente pueden desarrollar los mandatos legales, acatando –en todo momento- el contenido substancial de la legislación.<sup>16</sup>

A propósito de lo expresado, el máximo tribunal costarricense –como sabemos- ha

señalado la posibilidad de una delegación relativa. Ello mientras indique la legislación los márgenes del tributo respectivo. No se infringe el principio cuando la Asamblea Legislativa establece las bases estructurales de un impuesto, mencionando las pautas que debe seguir el Ejecutivo. Es más -muchas veces- es necesaria la “individualización” tributaria que hace éste, para la consecución efectiva de las finalidades propuestas por el legislador.<sup>17</sup>

Entre las aspiraciones que el postulado pretende cumplir nos encontramos con la exigencia de la auto imposición, el respeto al derecho de propiedad y la seguridad jurídica. En otras palabras, se trata de consentir la contribución ordenada vía la representación popular<sup>18</sup>, tolerando la intromisión -en la propiedad privada- de la voluntad general manifestada en la ley<sup>19</sup>, dado que es posible

12. Pérez, 1997, p. 45.

13. Se indican, a título de ejemplo, delitos y penas. Navarro, 1998, p. 41.

14. Mismo que no goza del favor de todos los especialistas, al tenerlo como el origen de una crisis en cuanto a reserva de ley se refiere. Opinan que el principio se debilita cuando el Congreso efectúa este tipo de delegaciones. Ver al respecto: Cornick, 1998, p.120; Villalobos, 1991, p.51.

15. Ver en igual sentido: Carrera, 1993, p. 101; Pérez, 1997, p.45.

16. En Argentina, a la problemática en cuestión, le han llamado la no alteración del espíritu de las leyes. Luqui, 1993, pp. 35-37. Para el caso costarricense -con cita incluida de la Sala Constitucional- se ha manifestado que el Ejecutivo debe orientar su actuación al cumplimiento de los fines dispuestos por el legislador, sólo le competen los elementos accesorios del tributo. Navarro, 1998, pp. 41-42.

17. S. Cp.: #3235-99, #4844-99. Observemos lo estudiado a la luz de un caso concreto: se transgredió el postulado al establecer el plazo, aspecto esencial, en normas reglamentarias que determinan la vigencia de los beneficios fiscales. S. Cp.: #1830-99.

18. Véase el aparte A de esta sección.

19. Como los tributos importan restricciones a ese derecho, pues en su virtud se sustrae para el estado algo del patrimonio de los particulares, ello solamente es legítimo –se ha apuntado- por disponerlo un órgano representativo de la soberanía popular. Belsunce citado por Casas, 1994, p. 155.

precisar el alcance de las concernientes obligaciones tributarias.<sup>20</sup> No afectándose, al proceder así, derecho fundamental alguno. De este modo, una vez finiquitado este aparte, es menester proseguir con lo referente a la igualdad.

## II - IGUALDAD<sup>21</sup>

Con este precepto, tanto en su modalidad general como particular, se obtiene la certidumbre de que las eventuales distinciones deben reposar sobre un soporte racional.

### A – DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El principio asoma con los inicios del sistema republicano<sup>22</sup>. No resulta posible imaginar un Estado Democrático sin él. Su intención es la eliminación de toda diferencia odiosa, poner fin a los privilegios infundados.<sup>23</sup> “La igualdad tributaria es una consecuencia de la igualdad de todos ante la ley, ...”<sup>24</sup>

Este postulado, en su acepción ordinaria, determina un mismo trato para los que se encuentren en circunstancias idénticas, pero –al mismo tiempo- un tratamiento diferenciado en situaciones diversas. La genuina igualdad, comentan en otro medio, consiste en aplicar la legislación a los distintos casos según las disparidades naturales entre ellos.<sup>25</sup>

Los jueces constitucionales patrios, por su parte, y a tono con otros precedentes<sup>26</sup>, anotan lo siguiente: “... la igualdad supone que toda persona será tratada en la misma forma, por igual, cuando se encuentre en idéntica situación, en todas y cada una de las relaciones jurídicas que constituyan”.<sup>27</sup>

En este orden de ideas, entonces, iguales prestaciones tributarias por los iguales y desiguales aportaciones tributarias por los desiguales.<sup>28</sup> Estando en las mismas condiciones, el gravamen debe ser igual

20. De este modo se genera certeza y hay protección contra la arbitrariedad. Ver al respecto: Luqui, 1993, p. 38; Rodríguez, 1998, p. 38.

21. Constitución Política, art. 33.

22. “..., el principio de igualdad aparece en el siglo XVIII con la ruptura de la monarquía y el advenimiento del sistema republicano.” Corti, 1994, p. 275.

23. Localmente nos cuentan que recibió su primera formulación legal en el Derecho Público surgido de la Revolución Francesa. Aunque había sido enunciado previamente por Adam Smith en 1767. Villalobos, 1991, p. 51.

24. Luqui, 1993, p. 42

25. Corte Suprema Nacional Argentina citada por Luqui, 1993, p. 48.

26. Ver al respecto: S. Cp. #5749-93 citada por Navarro, 1998, p. 46; Corte Plena #32-63, #15-69 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.

27. S. Cp.: #1287-99. En esto seguimos a Albiñana, 1992, p. 71.

28. En esto seguimos a Albiñana, 1992, p. 71.

para los contribuyentes y viceversa<sup>29</sup>. *En sentido contrario: estando en diferentes condiciones, el gravamen debe ser distinto para los contribuyentes*<sup>29</sup> El principio también opera, ha dicho acertadamente la Sala Constitucional, cuando se exime de deudas con el fisco.<sup>30</sup> Dotándose con ello de globalidad al precepto.

La doctrina anglosajona, al referirse al tema, sin alejarse de lo aquí reseñado, divide el postulado en igualdad horizontal (a un mismo nivel de manifestación de riqueza corresponde una idéntica cantidad de impuesto) e igualdad vertical (a diversa manifestación incumbe una dispar carga impositiva).<sup>31</sup> Nótese que se trata de una igualdad jurídica, no de aquella de carácter aritmético (simple división del monto por gasto público entre el número de habitantes de un Estado). Razón que, en buena medida, aclara la existencia de disparidades.

## B – DERIVACIONES

El precepto, consecuentemente con lo que venimos explicando, no impide que los

congresistas nacionales establezcan grupos diferenciados. Ello será legítimo mientras la discriminación este justificada.<sup>32</sup> Es más, hay quien considera que el principio exige la formación de categorías homogéneas (de acuerdo a los diferentes niveles de poder económico)<sup>33</sup>

Por tanto, contrarían el postulado “... *aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables* ...”<sup>34</sup> Lo mismo se dice, y con mayor vehemencia, si se afecta la dignidad de la persona humana<sup>35</sup>

Bastante coincidentes, con los párrafos anteriores, resultan varias resoluciones del alto tribunal. En que se pronuncia sobre distinciones autorizadas, por ende objetivas, y que respetan al hombre. Veamos:

“Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales...”<sup>36</sup>

29. En sentido contrario: estando en diferentes condiciones, el gravamen debe ser distinto para los contribuyentes. Ver al respecto: Corte Suprema Nacional Argentina citada por Luqui, 1993, p. 49; S. Cp. #633-94 citada por Navarro, 1998, p. 46.

30. S. Cp.: #2581-99.

31. Doctrina hacendística anglosajona citada por Corti, 1994, p. 273.

32. “... no repugna, en consecuencia, al principio constitucional de la igualdad, la creación de grupos o categorías de contribuyentes, siempre que éstos respondan a discriminaciones fundadas ...” Luqui, 1993, p. 47. Ver en igual sentido: Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.

33. Corti, 1994, p. 279.

34. Tribunal Constitucional Español citado por Carrera, 1993, p. 96.

35. Navarro, 1998, p. 47.

36. S. Cp.: #1287-99.

“... la Asamblea Legislativa optó por condonar un grupo delimitable de obligaciones tributarias valiéndose de un parámetro objetivo y razonable, ... No se estima, por tanto, que la diferenciación que surge a partir de ahí sea contraria al principio de igualdad ...”<sup>37</sup>

*“Tratándose de situaciones fácticas distintas, es válido que el legislador establezca consecuencias jurídicas igualmente diversas. El mismo numeral 33 permite la imposición de diferenciaciones no contrarias a la dignidad humana, por lo que no resulta correcto afirmar que la distinción acusada sea inconstitucional.”*<sup>38</sup>

Pero para finalizar este aparte debemos ser enfáticos en algo. Se propone que la igualdad, en el ámbito tributario, no se detenga en el dintel de la ley.<sup>39</sup> En otras palabras, se requiere de una aplicación efectiva del precepto. La igualdad formal debe tornarse en igualdad material. Los poderes públicos deben crear las condiciones necesarias. Salvo juicio razonable, no podrán variar sustancialmente sus decisiones en supuestos análogos.<sup>40</sup> Dilucidado lo atinente a la igualdad, conviene

pasar a examinar ahora lo relativo al cercano tópico de la generalidad.

## III – GENERALIDAD<sup>41</sup>

Es imperativo para este principio evitar que la materia tributaria se impregne de un carácter personalísimo y sectario. De allí que, en algunos momentos, sólo consideraciones demasiado especiales aconsejan alejarse de él.

### A - ESBOZO<sup>42</sup>

Los señores magistrados, acerca del postulado, han tenido la oportunidad de advertir que los tributos “... deben abarcar integralmente a todas las personas o bienes previstas en la ley y no sólo a una parte de ellas ...”<sup>43</sup>

De no procederse de esta manera, las contribuciones tendrían un rasgo persecutorio “No es admisible, dicen en el cono sur, que se grave a una parte de la población en beneficio de la otra”<sup>44</sup>. Lo cual, de ningún modo, es aceptable. Al existir un deber, para con el Estado, de ayudar a sufragar el gasto. Mismo

37. S. Cp.: #2581-99.

38. S. Cp.: #4844-99.

39. Albiñana, 1992, p. 71.

40. Ver al respecto: Carrera, 1993, p. 95; Pérez, 1997, p. 37.

41. Constitución Política, art. 18.

42. El ordenamiento jurídico, en un pasado, “... se basaba precisamente en el privilegio, en la diferente condición de las personas como criterio determinante del pago de tributos.” Pérez, 1997, p. 38.

43. S. Cp.: #4844-99, #5877-99.

44. No es admisible, dicen en el cono sur, que se grave a una parte de la población en beneficio de la otra. Corte Suprema Argentina citada por Villalobos, 1991, p. 53.

que permite satisfacer las necesidades y fines públicos. Por eso, hay obligación de cumplimiento sea cual fuere el carácter del sujeto pasivo.

Así las cosas, "... el gravamen se debe establecer en tal forma que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del tributo debe quedar sujeta a él."<sup>45</sup> Desglosemos, un poco más, lo que precede.

## B - RESULTADOS

Propiamente, según lo acabamos de ver, la consecuencia del principio de comentario es la inadmisibilidad de medidas tributarias intuitu personae.<sup>46</sup> Nadie debe verse afectado o beneficiado por una determinación singularmente establecida.<sup>47</sup>

La regla aquí, en contraposición a lo anterior, es la abstracción y la impersonalidad.<sup>48</sup> En efecto, "... nadie debe ser eximido si se encuentra en las condiciones previstas o supuestas por el tributo."<sup>49</sup>

En razón del efecto expuesto, el postulado –como su misma nomenclatura lo deja entrever- nos aglutina a todos.<sup>50</sup> Precisamente, entendiendo muy bien esto, y ante la pretensión reduccionista de limitar ese "todos" a sólo los "habitantes", se ha explicado: "... de hecho existen personas o grupos económicos que, sin ostentar dicha condición, están obligados –por mantener empresas o actividades que generan riqueza dentro del territorio costarricense- a contribuir ..."<sup>51</sup>

Pese a lo absoluto que se dibuja el precepto, en realidad cuenta con la flexibilidad necesaria. Aunque suene paradójico, el conceder beneficios tributarios puede ser permitido<sup>52</sup>. En virtud de la intención de procurar la realización de ciertos fines.<sup>53</sup>

Lo importante es que las motivaciones no sean las de antaño: clase o linaje. Sino razones sociales o económicas tendientes – entre otras cosas- a la obtención de justicia

45. Corte Plena #87-87 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.

46. "... la generalidad hace que tributen sin discriminación arbitraria todos los que están incluidos en el ámbito del supuesto contributivo." Corte Plena #87-87 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.

47. Ver al respecto: Pérez, 1997, p. 39.

48. Ver en igual sentido: Villalobos, 1991, p. 53.

49. Corte Plena #87-87 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.

50. En virtud de la ausencia de privilegios en la distribución de la carga impositiva. Ver al respecto: Albiñana, 1992, p. 70; Carrera, 1993, p. 90

51. Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.

52. Caso típico de las exenciones. Ver en igual sentido: Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.

53. Ver al respecto: Pérez, 1997, p. 39.; Villalobos, 1991, pp. 53-54.

y desarrollo.<sup>54</sup> Predicar lo contrario es crear privilegios fiscales.

## CONCLUSIÓN

A esta altura del trabajo, luego de finiquitado el desarrollo del mismo, resulta oportuno presentar las ideas fundamentales que asoman a raíz de lo expuesto.

- El alto tribunal, guardando armonía con la significación usual, define enumerativamente a la reserva de ley.
- Como modalidades de reserva legal, de acuerdo a los señores magistrados, tenemos la absoluta y la relativa.
- Para la Sala Constitucional es admisible – en forma particular- la delegación relativa, a condición de que la ley determine la estructura del tributo. Dejando tan solo la individualización al Poder Ejecutivo.

- La noción ordinaria de igualdad concuerda con aquella manejada por nuestro máximo tribunal.
- De conformidad con los jueces constitucionales ha de aplicarse gravamen igual en las mismas circunstancias, contrariamente, obligación desigual en disímiles condiciones.
- Son reconocidas como aceptables, por el alto tribunal, las distinciones objetivas y humanas.
- Observan, los señores magistrados, que la generalidad contempla íntegramente a todos los cubiertos con la previsión legal.

Una vez reseñada la atención prestada –en la Sala Constitucional- a los principios tributarios, consideramos haber constatado las orientaciones expuestas en los inicios de este estudio.

54. "... debe eximirse lo que es justo que no tribute; no debe eximirse lo que es justo que tribute ..." Sainz de Bujanda citado por Carrera, 1993, p. 91.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- Albiñana (Cesar)  
**Sistema tributario español y comparado**, Madrid, Tecnos, Segunda Edición, 1992.
- Carrera (Francisco)  
**Manual de derecho financiero**, Madrid, Tecnos, 1ª. edición, vol. I, 1993.
- Cornick (Jorge)  
**La reforma del sistema tributario en Costa Rica 1994-1997**, San José, Eureka Comunicación, Primera edición, 1998.
- Luqui (Juan Carlos)  
**Derecho constitucional tributario**, Buenos Aires, Depalma, s.n.e., 1993.
- Pérez (Fernando)  
**Derecho financiero y tributario**, Madrid, Editorial Civitas, Séptima Edición, 1997.
- Villalobos (Enrique)  
**Derecho tributario**, San José, EUNED, 1. ed., 1991.
- Villalobos (Enrique)  
**Introducción al derecho tributario**, San José, EUNED, 2ª. ed., 1990.

### REVISTAS

- Cozián (Maurice)  
La gestión tributaria de la empresa, **Revista Judicial**, San José, #51, setiembre de 1990, pp. 33-41.
- Navarro (Román)  
Los principios jurídico constitucionales del derecho tributario, **Ivstitia**, San Pedro, #139-140, julio-agosto de 1998, pp. 37-48.

- Rodríguez (Luis Ramón)  
El poder tributario de las municipalidades en Costa Rica, **Ivstitia**, San Pedro, #133-134, enero-febrero de 1998, pp. 35-49.
- Salazar (Fernando)  
El criterio de territorialidad en el ordenamiento tributario costarricense, **Ivstitia**, San Pedro, #126-127, junio- julio de 1997, pp. 21-34.
- Torrealba (Adrián)  
El control de constitucionalidad de los derechos económicos y sociales a través de principios de justicia financiera material, **Ivstitia**, San Pedro, #75, 1993, pp. Sección de derecho económico.
- Torrealba (Adrián) y Rodríguez (Luis Ramón)  
Importancia de la incorporación de principios de justicia tributaria en las constituciones políticas, **Ivstitia**, San Pedro, #65, 1992, pp. 13-20.

### OBRAS COLECTIVAS

- Casas (José)  
Estudio preliminar sobre los aspectos introductorios al principio de reserva de ley en materia tributaria, **Estudios de derecho constitucional tributario**, Buenos Aires, Depalma, s.n.e., 1994.
- Corti (Arístides)  
De los principios de justicia que gobiernan la tributación, **Estudios de derecho constitucional tributario**, Buenos Aires, Depalma, s.n.e., 1994.

### CONSTITUCIÓN

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

### RESOLUCIONES JUDICIALES

- **Sala Constitucional**, #4496-94 de las 15:36 hrs. del 23 de agosto de 1994. Acciones de inconstitucionalidad de E.T.S.A. y G.I.S.A.

- **Sala Constitucional**, #4510-94 de las 14:51 hrs. del 24 de agosto de 1994. Acción de inconstitucionalidad de J.J.L.N. y V.L.N.
- **Sala Constitucional**, #4511-94 de las 14:54 hrs. del 24 de agosto de 1994. Acciones de inconstitucionalidad de la C.C. de C.R. y ACOFEFLEX.
- **Sala Constitucional**, #4512-94 de las 14:57 hrs. del 24 de agosto de 1994. Acción de inconstitucionalidad de la C.C. e I. P.
- **Sala Constitucional**, #1269-95 de las 15:48 hrs. del 7 de marzo de 1995. Acción de inconstitucionalidad de A.P.C. y otros.
- **Sala Constitucional**, #3450-95 de las 16:33 hrs. del 4 de julio de 1995. Acción de inconstitucionalidad de A.A.L.
- **Sala Constitucional**, #1287-99 de las 15:30 hrs. del 23 de febrero de 1999. Recurso de amparo de R.A.D. y otros.
- **Sala Constitucional**, #1830-99 de las 16:12 hrs. del 10 de marzo de 1999. Acción de inconstitucionalidad de la A.C. de A.R.
- **Sala Constitucional**, #2581-99 de las 11:18 hrs. del 9 de abril de 1999. Acción de inconstitucionalidad de A.M.S.A.
- **Sala Constitucional**, #3235-99 de las 16:36 hrs. del 4 de mayo de 1999. Acción de inconstitucionalidad de W.C.C.
- **Sala Constitucional**, #4806-99 de las 13:51 hrs. del 18 de junio de 1999. Acción de inconstitucionalidad del I.N.A.
- **Sala Constitucional**, #4844-99 de las 16:18 hrs. del 22 de junio de 1999. Acción de inconstitucionalidad de P.R.C.S.A. y U-H.S.A.
- **Sala Constitucional**, #5877-99 de las 14:48 hrs. del 28 de julio de 1999. Acción de inconstitucionalidad de L.B.F.
- **Tribunal Superior Contencioso Administrativo**, Sección Segunda, #326 de las 9:00 hrs. del 10 de agosto de 1989. Proceso contencioso administrativo del B.A.C. contra el Estado.

## “MARCO REGULATORIO DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS EN EL ÁREA DEL QUESO Y EL VINO: UNA COMPARACIÓN ENTRE CHILE Y COSTA RICA”

*Licda. Inés Ortega Samayoa*

En la actualidad, los consumidores son más conscientes de la calidad de los productos y servicios que adquieren, ya no siendo suficiente el que sean inocuos. Más allá de eso, si pretenden comercializar con distinción, deben ostentar varios atributos, que dependerán del tipo de bien y de la legislación de su lugar de procedencia.

Desde tiempos antiguos se ha dado una gran importancia a la fama y reputación de los productos y principalmente, a los nombres de los que implican un lugar de procedencia.

Siendo las denominaciones de origen e indicaciones geográficas figuras jurídicas pertenecientes a Propiedad Industrial, implican una forma de protección de los topónimos, referidas a elementos especiales en las que el origen geográfico de un producto le designa calidad, características o reputación determinadas.

Las indicaciones geográficas y sus denominaciones, señalan el origen geográfico del producto para el cual son utilizadas. Se designa determinada calidad, características

y/o reputación específicas y directamente relacionadas con su lugar de procedencia; yendo más allá de los atributos mínimos de salubridad y calidad que implica la inocuidad. Respalda una serie de atributos de valor que hacen del vínculo del producto con su lugar de procedencia, un nexo sui generis, exclusivo y único.

Resulta, asimismo, ser un mecanismo de diferenciación de productos con un fuerte plus comercial, dirigido a desarrollar directamente la zona de procedencia, ergo beneficiar al comercio tanto nacional como internacional. Estas figuras jurídicas poseen una amplia trayectoria histórica en Europa como instrumentos de protección de la calidad de los productos agroalimentarios en función de las características, reputación y elementos propios, debido esencialmente a su origen geográfico. Contemplándose así la influencia ejercida en éstas por parte de factores ambientales tales como: suelo, clima, pluviosidad, entre otros; igualmente factores humanos, verbigracia: prácticas culturales de cosecha, procesamiento, tradición, etcétera.

Algunos autores señalan que la génesis del concepto de denominación de origen como una realidad histórica, cultural, económica y social es muy antiguo, ya que aun sin reconocimiento legal empezó a experimentar una extensa tradición en muchos países, sobre todo en la Europa mediterránea.

Es así cómo a pesar de que el concepto, como el auge de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, históricamente se registra en el siglo XX, su génesis se retrotrae a épocas muchísimo anteriores.

Por otro lado, las comunidades que fueron obteniendo paulatinamente una reputación favorable y como consecuencia un valor agregado para con sus productos, con el transcurrir del tiempo y según su experiencia comercial fueron vislumbrando la necesidad de proteger sus productos y su fama adquirida; esta, se relaciona directamente con el lugar de procedencia del bien.

Como una respuesta a la inminente necesidad de establecer medios legales para proteger esa fama y valor agregado adquiridos, es que a finales del siglo XIX se empiezan a negociar los primeros Convenios Internacionales. Estos, inician prohibiendo el uso de indicaciones de procedencia falsa

o engañosa en el comercio, confiriéndole el derecho de accionar a los habitantes del país perjudicado. Esto, como medio de resguardo de sus intereses legítimos para con la fama ya adquirida de sus artículos como consecuencia de su lugar de origen.

Algunos tratados internacionales y legislaciones nacionales habían insistido ya para el siglo XIX en la prohibición de utilizar indicaciones de procedencia, de origen o identidad falsas o engañosas, sobre todo en las formas de publicitar los productos *ya fuere en marcas, etiquetas, cubiertas, envases, envolturas, precintos o directamente sobre el artículo mismo, así como en insignias, anuncios, facturas, tarjetas, cartas o papeles de comercio.*<sup>1</sup>

Lo anterior debido al auge comercial de ciertos productos provenientes de zonas geográficas determinadas y a la corriente de protección al consumidor que ya empezaba a cobrar su fuerza.

De esta manera, ya el Convenio de París incluía en el objeto de protección de la Propiedad Industrial “... *Las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio... Las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen...*”<sup>2</sup>

1. Peralta Decamps, Richard. (2007). Diagnóstico de las Legislaciones Nacionales sobre Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen de Centroamérica, Panamá y República Dominicana. IICA PROMECAFE Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y Agencia Española de Cooperación Internacional. Página #21.
2. Ver artículo 2.1 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883.

Alemania, España, Italia y Francia comenzaron a promocionar la importancia de las denominaciones de origen, como parte de su patrimonio nacional y desarrollan sus propios sistemas de protección de denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

Europa, en los inicios del siglo XX empezaba a mostrarle al mundo la importancia de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas para el comercio local e internacional.

Durante esta época solamente existían denominaciones de origen e indicaciones geográficas en países europeos que ya tenían una larga trayectoria con respecto a los sistemas de distinción de productos.

El 9 de junio de 1925 se publicaba en la Gaceta de Madrid una Real Orden por medio de la cual se creó la denominación de origen Rioja y el 22 de octubre de 1926 un Real Decreto firmado por Alfonso XIII y el Ministro de Trabajo, Comercio e Industria, el señor Eduardo Aunós Pérez, ponía en marcha su primer Consejo Regulador.<sup>3</sup>

En 1932 se establece la primera reglamentación nacional de España, sobre denominaciones de origen en vinos, a través del Estatuto del Vino de 1932 (Capítulo IV de la Ley del 26 de mayo de 1933).<sup>4</sup>

Esta normativa española reconoció expresamente 28 nombres geográficos para vinos y definió, por primera vez en ese país, la figura de los Consejos Reguladores como órganos de gestión de las denominaciones de origen.

Así, ya para 1935 surgen en España los primeros reglamentos de denominaciones de origen destinados a normar el proceso de producción, elaboración y transformación del Jerez – Xerez – Sherry y de la Manzanilla Sanlúcar de Barrameda.<sup>5</sup>

Posteriormente, después de muchos años, en España se crea la Ley 25/1970 del 2 de diciembre de 1970, que estableció el nuevo Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes. Esta ley extendió la protección a otros productos agrarios por medio del régimen de denominaciones de origen. Se establecen nuevas regulaciones acerca de la tramitación de solicitudes, composición y funciones

3. Información tomada de la página web: [http://www.bermemar.com/politica/hechos\\_histo.html](http://www.bermemar.com/politica/hechos_histo.html)
4. Peralta Decamps, Richard. (2007). Diagnóstico de las Legislaciones Nacionales sobre Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen de Centroamérica, Panamá y República Dominicana. IICA PROMECAFE Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y Agencia Española de Cooperación Internacional. Página #22.
5. *Ibidem*.

de los consejos reguladores y se dispone también la creación del Instituto Nacional de Denominaciones de Origen (INDO).

En Italia, paralelamente en 1934 se fundaba el Consorcio del Parmigiano – Reggiano, para la defensa, valorización y promoción de este queso con denominación de origen. Mientras que en 1905 en Francia, una ley sobre la represión de los fraudes en los vinos, había pasado por el Parlamento por medio de Joseph Capus.<sup>6</sup> Joseph Capus fue el iniciador del decreto – ley de 1937, el cual creaba el Comité Nacional de Denominaciones de Origen mismo que tiempo después se transformó en el Instituto Nacional de Apelaciones de Origen (INAO).<sup>7</sup>

Se dieron varios esfuerzos posteriores con el fin de regular de una forma conjunta y así poder extender la tutela a otros productos agrícolas y alimenticios, yendo más allá de los vinos y las bebidas espirituosas. Esta protección por medio de sistemas de indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

A tal efecto se adoptaron varias normativas comunitarias, entre las más importantes se pueden citar: el Reglamento (CEE)

Nº 2081/1992, el cual posteriormente fue sustituido por el Reglamento (CE) Nº 510/2006 del 20 de marzo de 2006.

Actualmente, las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen se encuentran protegidas en diversos países y su régimen de protección y marco jurídico dependen de cada legislación nacional. Éstas pueden ser tuteladas por diferentes tipos de normas: normativas que prohíben la competencia desleal, Derecho del Consumidor, Derecho Marcario, entre otras.

La semejanza que se presenta en la mayoría de las legislaciones consiste en que su protección la ubican dentro del área de los Derechos Intelectuales, específicamente como materia de Propiedad Industrial.

Cabe resaltar que en América Latina la protección legal de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas se encuentra aun en vías de desarrollo. Es apenas en las dos últimas décadas que se han venido gestando concretamente las bases legales de las mismas, las que resultan ser sumamente débiles si se comparan con las de la Unión Europea.

6. Político que consagró su vida pública y profesional a la organización de la viticultura francesa y a la defensa de la noción de denominación de origen.

7. Información tomada del sitio web: <http://elmundovino.elmundo.es/elmundovino>

## **De los antecedentes chilenos y costarricenses**

### **El caso de Chile**

Es digna de mencionar la normativa que a través del tiempo ha venido conformando el ordenamiento jurídico relacionado con el Derecho de Propiedad Industrial chileno. A saber: el Decreto Supremo de Economía Nº 897 de 1971, que entró en vigencia el 01 de enero de 1972, por medio del cual Chile adoptó la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas, establecida en virtud del Arreglo de Niza, de 1957. Dicha clasificación resulta ser un instrumento indispensable para la tutela y regulación de las marcas de productos y servicios a nivel mundial.

Por otro lado, el Convenio de París, de 1883. Este cuerpo legal, se adoptó en París con fecha 20 de Marzo de 1883 bajo el título de Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Fue promulgado como Ley de la República en el Diario Oficial de Chile del 30 de septiembre de 1991.

El avance y desarrollo jurídico que para este momento tuvo que enfrentar Chile fue notorio, ya que al suscribirse a la anterior normativa internacional, debió superar lagunas legales y adaptar su normativa interna a sus responsabilidades y compromisos externos. La adopción del Acuerdo sobre los ADPIC entrañó para Chile la necesidad de introducir modificaciones a la Ley Nº 19.039 sobre

propiedad industrial. Esto, dio origen al dictado de la Ley Nº 19.996, publicada en el Diario Oficial de 11 de marzo de 2005. No obstante, sólo cobró vigencia con la publicación de su Reglamento, por disponerlo así su Artículo 7º Transitorio. Las modificaciones tuvieron incidencia en la actualización del concepto de marca, el procedimiento referente a tramitación, la incorporación al derecho positivo del principio doctrinario concerniente al posicionamiento de las marcas en el mercado, la vigencia de las patentes de invención por 20 años a contar de la respectiva solicitud, la posibilidad del sentenciador de invertir la carga de la prueba en las patentes de procedimiento y el establecimiento de nuevas tasas para el pago de derechos inherentes a la solicitud y registro de derechos de propiedad industrial. Es importante destacar que la adecuación de la normativa chilena al Acuerdo sobre los ADPIC, significó la adición de varias materias. Se agregaron a la Ley Nº 19.039 un nuevo Título VII De los Esquemas de Trazado o Topografías de los Circuitos Integrados, un Título VIII De los Secretos Empresariales y de la Información Presentada a la Autoridad para la Obtención de Registros o Autorizaciones Sanitarias, un Título IX De las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen y un Título X De la Observancia de los Derechos de Propiedad Industrial, referido a acciones civiles, medidas precautorias y medidas prejudiciales.

La modificación aplicada por Ley 19.996 entrega mayor agilidad a los procedimientos

de tramitación, a través de la disminución de algunos plazos legales relacionados con los procedimientos.

El reglamento a la ley N° 19.039 se modifica mediante Decreto Supremo de Economía N° 285 de 20 de Diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de 20 mayo de 2003. Las principales modificaciones introducidas marcaron un hito en el procedimiento de la presentación de solicitudes de privilegios industriales, ya que permitieron el uso de la vía electrónica e internet, entre otras.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.039 tres productos gozan de protección como denominación de origen: el vino asoleado, el pajarete y el pisco. Esto, sin perjuicio de la existencia del decreto Supremo 464 que establece una zonificación vitivinícola y denominación de origen para los vinos que se producen en Chile, dividiendo al país en cuatro regiones vitivinícolas principales.

De acuerdo con la nueva legislación chilena, no sólo las agrupaciones de productores, fabricantes o artesanos chilenos, cuyos predios o establecimientos de fabricación y/o producción se encuentren en la zona geográfica delimitada como tal, podrán solicitar para sus productos el reconocimiento como denominación de origen.

También podrán hacerlo en Chile las denominaciones de origen extranjeras para productos que hayan obtenido tal calidad en su país de origen y en la medida que tal certificación se encuentre vigente.

En el marco de los tratados de libre comercio que Chile suscribió con Estados Unidos y EFTA., se asumieron nuevas obligaciones en materia de Propiedad Industrial que no eran parte del acuerdo ADPIC o TRIPS. Con fecha 06 de junio de 2003, se firmó el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y entra en vigencia el 01 de enero de 2004; con lo cual, Chile asumió las obligaciones contenidas en él.

Con fecha 1° de Diciembre de 2004, entró en vigor el Tratado de Libre Comercio con la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA: European Free Trade Association) integrada por Islandia, el Principado de Liechtenstein, Noruega y Suiza. Este Arreglo a pesar de haberle cancelado a Chile aproximadamente 39 marcas comerciales: en 12 años por lo que se refiere al mercado interno y en un plazo de cinco años por lo que se refiere a la exportación. Verbigracia: *Chablis, Champagne, Jerez, Pomar, Oporto o Rhin*, entre otras; por coincidir con el nombre de alguna región de Europa. Resulta ser un gran avance para Chile, ya que se reconocen las prácticas y procesos enológicos no sólo de la Unión Europea, sino también los chilenos.

De este modo, con el fin de cumplir con dichas obligaciones y al mismo tiempo evitar posibles errores interpretativos en algunas disposiciones existentes en la Ley, a partir del 26 de enero de 2007 entraron en vigencia las últimas modificaciones del marco legal en materia de propiedad industrial establecidas por medio de la Ley N° 20.160.

Estas modificaciones constituyen elementos importantes cuando se trata de los procedimientos contenciosos que se relacionan con las patentes de invención.

La Ley 20.160, que modificó a la Ley 19.039, incluye un párrafo relativo al procedimiento de nulidad de registros, que también contempla plazos más abreviados. Además, el procedimiento relativo a la nulidad es trasladado desde el antiguo Reglamento a la nueva Ley.

En el caso de Chile su legislación ha ido desarrollándose notoriamente hasta llegar a una zonificación vitivinícola, es decir, ha ido evolucionando de la ley de Propiedad Industrial y su reglamento, pasando por la ley que Fija las Normas Sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Etilicos, Bebidas Alcohólicas, Vinagres y su reglamento; hasta llegar al decreto n° 464 que fija la Zonificación Vitícola y las denominaciones de origen chilenas. Dicho decreto denota el gran esfuerzo de Chile por instaurar un sistema de denominaciones de origen, dividiendo su territorio por zonas vinícolas.

### El caso de Costa Rica

El inicio de la legislación marcaría en Costa Rica data de 1896, con la promulgación de

la Ley de la Propiedad Intelectual, ley N° 40 del 27 de junio de ese mismo año. Esta, se promulgó debido al impulso de la emergente clase cafetalera de la época y se procura así salvaguardar sus fuertes intereses económicos. Dicha ley contaba con 17 artículos y se dio durante la candidatura de don Rafael Iglesias.

No se tienen otros antecedentes legislativos o judiciales que conlleven conflictos relacionados con el Derecho Marcario antes de la promulgación de la precitada ley.

Esta legislación permite la utilización de la marca de una forma facultativa; obliga su uso sólo en ciertos casos y regula aspectos únicamente acerca de las marcas de fábrica y comercio, entre las que no se hace diferencia alguna.

Posteriormente, se crea la Ley de Protección Comercial, que derogó la totalidad de disposiciones existentes hasta ese momento, relativas al Derecho de Propiedad Intelectual<sup>8</sup> y se define, por primera vez lo que se considera una marca. Contrario a lo que se había hecho hasta ese momento, simples menciones de lo que se consideraba como marca de fábrica y marca de comercio, pero no una definición concreta de la misma.

Se plasma en esta ley la primera definición de lo que se considera marca de fábrica o de

8. Según Decreto costarricense N° 19 del 23 de octubre de 1930.



comercio: *“Todo signo o emblema o nombre comercial, cualquiera que sea su clase y forma que los comerciantes, industriales o agricultores adopten o apliquen en sus artículos o productos para distinguirlos de los otros comerciantes o industriales que fabriquen o negocien con artículos de la misma especie”*.<sup>9</sup>

Señala esta legislación además, taxativamente, quienes tenían derecho a registrar las marcas; los industriales, son productores o comerciantes con establecimiento en el país o ligados por tratados vigentes que les concedieran esa prerrogativa.

Posteriormente, en el año 1931 se promulga el Reglamento de la ley descrita anteriormente<sup>11</sup> (Ley de Protección Comercial), mediante el cual se crea el Registro General de Marcas. Según este Reglamento la inscripción de la marca debe ser solicitada por escrito por el dueño de la misma o por su legítimo apoderado.

Quince años después, se crea la Ley de Marcas, ley N° 559 del 27 de junio de 1946.

Con esta norma se dieron varias reformas en cuanto a recursos, publicación de cambios de nombre de propietarios de marcas y derechos de inscripción. En 1976 se publicó la última reforma a este cuerpo normativo, que disponía que las marcas constituyeran una propiedad sólo al estar debidamente inscritas.

Después de numerosos esfuerzos por lograr un verdadero cambio normativo a nivel no sólo de Derecho Marcario, sino también hacia un desarrollo en los sectores económico, social, político y jurídico de Costa Rica y a la vez de Centroamérica, se deroga esta ley y se emite una nueva.

El primero de junio de 1966 se suscribe el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial entre Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. Éste, constituye un paso muy importante en cuanto a la posibilidad de unificar la legislación marcaria vigente hasta ese momento.

Lo anterior se da como consecuencia, entre otras circunstancias, de la creación del Mercado Común Centroamericano, que

9. Según Ley de Protección Comercial de 1930.

10. Por medio del Decreto Ejecutivo N° 19 del 12 de septiembre de 1931.

11. En el caso de Costa Rica, nuestro Parlamento ratificó el Convenio mediante Decreto N° 4543 del 18 de marzo de 1970, pero entró en vigencia hasta el 27 de mayo de 1975.

obligaba a los países a modernizar sus legislaciones atinentes a la materia.<sup>12</sup>

La ratificación y entrada en vigencia de este convenio implicó la derogación de la legislación interna referente a la materia regulada en ese instrumento jurídico, salvo los casos en que se remitía a la normativa interior de cada país miembro.

La novedad más evidente que implicó la ratificación del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial fue la inclusión de las marcas de servicio y las marcas colectivas. Y el régimen jurídico del Convenio para adquirir el derecho de propiedad de las marcas fue el sistema atributivo.<sup>13</sup>

Por otro lado, nuestra Constitución Política en su numeral 47 eleva a rango constitucional la tutela de los Derechos de Propiedad Intelectual, los cuales no habían sido anteriormente protegidos de esa manera, al contener expresamente: *“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”*.

Se pone de manifiesto que efectivamente Costa Rica ha sido consciente de la importancia de tutelar los derechos de Propiedad Intelectual y también específicamente la materia de denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

Finalmente, durante la presidencia de don Miguel Ángel Rodríguez en el año 2000, entra en vigor la Ley de Marcas y otros signos distintivos, ley N° 7978 del 6 de enero de ese año. Esta normativa deroga el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial de 1975.

Este cuerpo normativo ha sufrido varias reformas, unas en el 2006 y otras dos años más tarde. Las del 2006 fueron a nueve de sus artículos, respondiendo a la declaratoria del Tribunal Registral Administrativo acerca de los poderes que consuetudinariamente se habían venido otorgando para gestionar la protección de los derechos de propiedad intelectual ante el Registro. Exigía el Tribunal que debía presentarse un poder por cada solicitud, que debía otorgarse en escritura pública.

12. En el caso de Costa Rica, nuestro Parlamento ratificó el Convenio mediante Decreto N° 4543 del 18 de marzo de 1970, pero entró en vigencia hasta el 27 de mayo de 1975.

13. Este es el sistema en el que la inscripción de la marca en el registro, es la que da lugar al nacimiento del derecho. Y el que usa la marca sin inscribirla, se expone a que otro la registre y se le apropie.

En el 2008 la ley N° 7978 fue reformada nuevamente, esto implica que a pesar de las posibles carencias que aun pueda seguir sufriendo, los avances en la asimilación de la materia de denominaciones de origen e indicaciones geográficas han sido evidentes.

Entre otros cambios, se citan, como los más notables, los siguientes: se reforma la definición de indicación geográfica contenida en el artículo segundo, se reforman los cuadros fácticos para la inadmisibilidad de signos cuando se vean perjudicados derechos de terceros, se amplían los derechos conferidos por el registro de una marca, se modifica el nombre del capítulo II del título VIII para leerse “denominaciones de origen e indicaciones geográficas”, creándose un Registro específico para las mismas; taxativamente se especifican los requisitos para solicitar la inscripción de una denominación de origen o indicación geográfica, se exponen los alcances de la concesión de registro de una denominación de origen o indicación geográfica, se adiciona el artículo 82 bis referente al poder otorgado para trámites relacionados con Propiedad Intelectual y se fijan nuevas tasas para los trámites correspondientes a dicha materia; entre otros.

### **Concepto de indicación geográfica y denominación de origen:**

El concepto de indicación geográfica se consagró a nivel internacional cuando en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el comercio (ADPIC) se le reconoció como un elemento del Derecho de Propiedad Intelectual. El que les da a estos signos distintivos un alcance mayor de una simple indicación de procedencia, al darle a la indicación geográfica régimen de signo distintivo calificado y susceptible de inscripción registral.

Los productos agrícolas son ejemplos comunes de indicaciones geográficas, ya que poseen cualidades derivadas de su lugar de producción y están sometidos a factores locales como el clima y el terreno. Por ejemplo la indicación geográfica “Toscana” para el aceite de oliva producido en esa región de Italia.<sup>14</sup>

No sólo los productos agrícolas pueden ser objeto de indicaciones geográficas, sino también un artículo específico que posea características propias, que lo relacionen con la región en que éste se produce y que resulte ser consecuencia de la acción del ser

14. Indicación geográfica protegida en virtud de la ley italiana número 169 del 5 de febrero de 1992. <http://www.wipo.int>

humano gracias al conocimiento o tradición de su fabricante en su proceso de elaboración. A manera de ejemplo, se puede citar el caso de cierto tipo de relojes fabricados en Suiza que contienen la indicación geográfica “Switzerland” (Suiza) o “Swiss” (suizo),<sup>15</sup> reconocida en varios países principalmente en la Unión Europea.

Otro caso de productos en los que es viable un signo distintivo de este tipo, resultan ser los agroindustriales, en los que se fusionan elementos naturales con la acción del hombre, como por ejemplo la indicación geográfica “Roquefort” para el queso producido en Francia.<sup>16</sup>

Es así como una indicación geográfica denota productos vinculados a la región cuyo nombre llevan, pero se trata de un vínculo menos estrecho que el de la denominación de origen. Se requiere, según Ulate Chacón, dos condiciones: por un lado haber sido producido en la región geográfica cuyo nombre lleve (*siendo suficiente que una de las etapas de la producción se haya ejecutado*

*en la zona, por ejemplo las materias primas pueden provenir de un lugar diverso*).<sup>17</sup> Y por otro lado, que efectivamente haya un vínculo entre el producto designado y la región que le da su nombre, aunque no sea exclusivo. En otras palabras, *“El vínculo puede provenir de una reputación del producto, si ésta se debe a su origen geográfico. Las cualidades del producto no son determinantes, es suficiente con que la denominación del producto goce de una reputación particular”*.<sup>18</sup>

Por otro lado, el concepto de denominación de origen se extrae del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional: *“La denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirva para designar un producto originario del mismo y cuya calidad o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos”*.<sup>19</sup> Esta es la definición clásica de denominación de origen.

15. Ver página web: <http://www.wipo.int>

16. Indicación geográfica protegida en la Unión Europea según Reglamento CE N° 2081/92 y en los Estados Unidos de Norteamérica en el registro de la marca de certificación US N° 571.798.

17. Ulate Chacón, Enrique Napoleón (2005). Tratado Breve de Derecho Agrario Comunitario e Internacional. Tomo II. Página #66.

18. Ídem.

19. Ver artículo 2.1 del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional del 31 de octubre de 1958. Revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y modificado el 28 de septiembre de 1979.

Resulta fundamental disgregar la anterior definición para resaltar tres elementos presentes en la misma:

- a. La denominación debe ser la *denominación geográfica* de un país, de una región o localidad. Es decir, la denominación debe existir como nombre de una entidad geográfica o política reconocida en un país.
- b. La denominación debe servir para designar un producto originario del país, región o localidad designada. En este sentido la denominación tiene un doble significado: es el nombre de un lugar geográfico preexistente y a la vez designa, de manera especial, al producto originario de dicha región; esto, implica específicamente los productos originarios del lugar de origen con las cualidades que incorpora.
- c. El tercer elemento hace alusión al nexo cualitativo que debe existir entre el producto y la zona geográfica designada. La calidad o las características del producto deben atribuirse exclusivamente al medio geográfico. A contrario sensu, si las cualidades no pudiesen atribuirse esencialmente al medio geográfico, la designación no constituiría una denominación de origen sino una indicación geográfica de procedencia

simple. El medio geográfico abarca los factores naturales (clima, nivel de PH del suelo, sistemas de hidrografía, entre otros) y los factores humanos (tradiciones profesionales o culturales particulares de los productores, trabajadores o artesanos de la zona geográfica delimitada, incluyendo también sus sistemas propios de producción, entre otros).

Resulta ser precisamente esa relación de exclusividad que debe mediar entre el producto y el medio geográfico del cual éste procede, la esencia básica de este signo distintivo.

El autor Enrique Napoleón Ulate Chacón se refiere a que *“Se trata de un signo distintivo, normalmente constituido por un nombre geográfico de una localidad, ciudad o región, para un producto originario de una zona determinada, el cual posee características o cualidades que derivan de factores naturales o humanos, propios del ambiente en el cual se produce”*.<sup>20</sup>

De esas características o cualidades consecuencia de los factores naturales y humanos que vinculan el producto con el lugar de origen, deriva la *garantía de calidad*. Esta, está directamente vinculada con el nombre geográfico de la región, por medio

del cual el producto adquiere su notoriedad. Específicamente estas características o cualidades exclusivas son las que hacen al bien específico atractivo al consumidor.

Es necesario resaltar que los procesos de producción, transformación y elaboración del producto se deben llevar a cabo en la zona geográfica delimitada. Ya que al momento de analizar la viabilidad para los productores de utilizar una zona geográfica como denominación de origen, es menester definir los parámetros del área demarcada. Para llevar a cabo la debida delimitación se requiere la intervención de profesionales de diversas disciplinas, a saber: geógrafos, topógrafos, ingenieros en agronomía e historiadores.

Posterior a la delimitación de la zona, se efectúa una serie de estudios técnicos, ante la solicitud de los productores interesados. *“En los que se determina la relación de calidad entre la zona geográfica y los productos entregados a estudio, siendo inamovible la exigencia de que el proceso de producción, transformación y elaboración se realicen en la zona geográfica delimitada”*.<sup>21</sup>

Igualmente es necesaria la homogenización de los productos para establecer cuáles van a portar la denominación de origen. Por eso resulta indispensable que previamente se

haya delimitado objetivamente el campo de acción de la misma.

Cabe resaltar también que ese vínculo entre el producto y el espacio geográfico del que éste proviene, no surge de la noche a la mañana, tampoco es consecuencia de un capricho de los productores; sino que existe de por medio un pasado histórico y cultural que es lo que precisamente produce el tan esencial ligamen entre el artículo y la zona física delimitada.

Resultan ser dos las condiciones esenciales por cumplir si se desea adquirir la protección del régimen de las denominaciones de origen: 1) En la zona delimitada se debe realizar la producción de materias primas y sus transformaciones hasta el producto acabado. 2) La calidad y características del producto designado deben ser consecuencia exclusivamente del medio geográfico del lugar de origen (factores naturales y humanos).

Pueden haber excepciones a las precitadas reglas: cuando se registre un nombre de producto no geográfico, puesto que puede estar vinculado a una zona por tradición y cuando se registre un nombre geográfico asociado por tradición a un producto específico, aunque ese nombre no designe la zona geográfica exacta donde el producto se elabora en la actualidad. Por ello, en

20. Ulate Chacón, Enrique Napoleón (2005). Tratado Breve de Derecho Agrario Comunitario e Internacional. Tomo II. Página #89.

21. Cascante Carmona, Cindy y Jiménez Morera, Elka. (2002). Las Denominaciones de Origen: un estudio multidisciplinario. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Página # 193.

todos los casos y más, en los descritos anteriormente, la zona de producción debe delimitarse muy claramente así como las etapas de producción desarrolladas en dicha zona, para demostrarse el vínculo objetivo y exclusivo entre la calidad del producto y su lugar de proceder.

Aun ante la estricta regla de llevarse a cabo el proceso de producción y transformación del artículo dentro de la zona delimitada, se dan excepciones. Tal es el caso de la Unión Europea con respecto a la leche y las carnes de aves y res; en los que los procesos de elaboración o transformación de esas clases de materia prima pueden realizarse fuera de la región demarcada.

Las cualidades específicas de un producto designado por una denominación de origen son consecuencia de factores naturales y humanos. Son factores naturales principalmente: el suelo (tierra), el subsuelo, el clima, el microclima, la latitud geográfica, las características topográficas, las variedades o diferentes tipos de vegetales, animales o microorganismos existentes y utilizados en el lugar de origen.

Los factores humanos están relacionados con las prácticas culturales del lugar, los conocimientos y procedimientos tradicionales de cultivo, acopio, conservación y producción empleados por los productores del lugar,

la selección de las variedades, razas o cepas de los vegetales, microorganismos o animales utilizados, las técnicas o métodos de fabricación y el acondicionamiento o presentación de los productos terminados (productos embotellados por ejemplo), es decir, el *know how*, entre otros.

La importancia y determinación que tengan los factores naturales y humanos dependerá casuísticamente del tipo de producto de que se trate. Cuanto más procesado o industrializado sea el producto, más intervención y por ende peso tendrán los factores humanos en las características y cualidades de dicho producto.

A manera de conclusión, para lograr aprehender el concepto y régimen de las denominaciones de origen es necesario ir más allá de una definición legal, es esencial concebir estos signos distintivos como *“Un resultado de todo un proceso de tradiciones de un sector específico, que como consecuencia generan la calidad o características especiales que se le reconocen al producto proveniente de esa región, producto que para obtener un reconocimiento nacional o internacional, de esa especialidad que posee, se vale de un signo distintivo (la denominación de origen) que viene a brindarle el respaldo jurídico a la figura, el cual es necesario para garantizar el cumplimiento de sus derechos al consumidor y al productor”*.<sup>22</sup>

22. Cascante Carmona, Cindy y Jiménez Morera, Elka. (2002). Las Denominaciones de Origen: un estudio multidisciplinario. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Página # 198.

### Diferencias entre las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas

1. En el caso de las denominaciones de origen los procesos de producción, transformación y de elaboración de los productos deben llevarse a cabo en la zona geográfica delimitada, de la cual provienen los productos objeto de la denominación de origen. Mientras que para las indicaciones geográficas, únicamente se necesita la consecución de uno de los procesos; ya sea el de producción, elaboración o transformación dentro de la zona de procedencia.
2. Los elementos de tradición histórica y sociocultural caracterizan a las denominaciones de origen. No así a las indicaciones geográficas, las que no dependen sustancialmente ni del medio geográfico que designan ni muchísimo menos de un factor tradición que pueda haber detrás de un producto.
3. El grado de vinculación entre la calidad del producto y el medio geográfico en el cual se produce: en las denominaciones de origen las características del producto derivan fundamentalmente del medio en el cual se producen, en cambio en el caso de las indicaciones geográficas éstas no dependen sustancialmente de ese medio geográfico.

23. Cascante Carmona, Cindy y Jiménez Morera, Elka. (2002). Las Denominaciones de Origen: un estudio multidisciplinario. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Página # 169.

4. La denominación de origen informa al consumidor que el producto designado por ella tiene cualidades particulares que resultan de esa relación directa entre: por un lado, las condiciones naturales del lugar y por otro lado, los usos tradicionales aplicados en la elaboración del producto.

### Diferenciación entre las denominaciones de origen, las indicaciones geográficas y las marcas

Se supone que si se parte de la definición básica de una marca como *“Signo distintivo de productos o servicios”*<sup>23</sup> se concluiría que una indicación geográfica y una denominación de origen resulta ser una marca. Sin embargo, el eje de la discusión se desata al analizar los elementos colaterales que caracterizan a las indicaciones geográficas y a las denominaciones de origen, verbigracia: la titularidad de la indicación geográfica y de la denominación de origen y sus procedimientos de inscripción registral, presentan variantes significativas en relación con las marcas.

Con respecto a la titularidad de la marca, ésta le pertenece a la persona física o jurídica determinada que realizó el trámite y obtuvo por ende el registro de la misma. Se impide, una vez registrado el signo marcario, la utilización de éste por terceros.

En relación con las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, su titularidad corresponde al Estado. El que por medio de una concesión le permite a los productores de una determinada zona o región geográfica específica, la utilización de estos signos distintivos; *“siempre y cuando los productos elaborados compartan las cualidades típicas de su lugar de origen”*.<sup>24</sup>

En otro orden de ideas, la diferenciación en cuanto a la titularidad del usufructo de estas figuras radica en que por ejemplo en las marcas colectivas<sup>25</sup> su titular es el grupo de personas autorizadas por el titular propietario para el manejo de la misma. Con respecto a las denominaciones de origen, el titular usufructuario de éstas es el conjunto de productores de un bien homogenizado, dentro de un espacio geográfico, los cuales han sido previamente autorizados por parte del Estado, su propietario, para su utilización.

Es decir, existe en el caso de la primera un propietario privado de la marca colectiva, el cual permite el disfrute de ésta a aquellos que así considere pertinente. En el caso de la denominación de origen, el Estado en su posición de propietario debe (nótese que es su obligación y no una facultad como en el

caso de las marcas colectivas) permitir el uso de la misma a todos aquellos productores de una zona geográfica delimitada que cumplan con todos los requisitos y procedimientos establecidos previa y rigurosamente para la concesión de la denominación de origen.

*“En cuanto a la titularidad de la marca tenemos que esta le corresponde a la persona física o jurídica específica, que logró la inscripción del signo marcario al amparo del registro, impidiéndose de esta forma a terceros la utilización del mismo, mientras que en cuanto a las indicaciones geográficas se dice que la titularidad de éstas le corresponde al Estado, que por medio de una concesión le permite a los productores que elaboren sus productos en la zona de la indicación geográfica la utilización de la misma, siempre y cuando los productos elaborados compartan las cualidades típicas de su lugar de origen”*.<sup>26</sup>

En otro orden de ideas y según se mencionaba con anterioridad, resulta erróneo equiparar totalmente las denominaciones de origen y las marcas e indicaciones geográficas, como tampoco es posible obviar la relación existente entre ambas figuras.

24. *Ibidem*.

25. La Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos de Costa Rica define las marcas colectivas en su artículo segundo de la siguiente forma: “Signo o combinación de signos cuyo titular es una entidad colectiva que agrupa a personas autorizadas por el titular para usar la marca”.

26. Cascante Carmona, Cindy y Jiménez Morera, Elka. (2002). *Las Denominaciones de Origen: un estudio multidisciplinario*. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Páginas # 169 y 170

En un sentido amplio, al considerar las denominaciones de origen e indicaciones geográficas según su utilización como elementos externos que identifican un producto o bien específico, pueden ser consideradas como marcas. Pero en un sentido más estricto y analizando las figuras, se reconocen sus diferencias. Verbigracia:

**a. Su titularidad:** las denominaciones de origen e indicaciones geográficas no son propiedad de sujetos privados sino del Estado. Se las brinda a sus titulares por medio de una concesión, no así las marcas que pueden ser propiedad de sujetos privados (personas físicas o jurídicas).

**b. Su ciclo de vida:** el de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas es indefinido, por lo que no están sujetas al procedimiento de renovación de las marcas en general.<sup>27</sup> Al ser una concesión del Estado, permanecen activas mientras la Administración no considere su supresión.

**c. Designación de origen:** Como denominación de origen no es posible utilizar cualquier signo, únicamente el nombre del lugar geográfico con el que el producto tiene su nexo exclusivo, a

diferencia de las marcas que pueden constituirse de cualquier clase de signo.

*“Otra diferencia radica en que mientras las marcas colectivas y de garantía pueden referirse a cualquier tipo de productos o servicios, en el caso de las denominaciones de origen, éstas nacen vinculadas a productos vinícolas o alimentarios, con una ineludible referencia al lugar de donde proceden”*.<sup>28</sup>

**d. Elementos esenciales distintos:** estas figuras distan enormemente en cuanto a sus requisitos para poder acceder a su determinado régimen; por ejemplo, el productor que desea que su artículo sea tutelado con una denominación de origen, debe cumplir con una serie de requisitos que jamás se pueden comparar con los que debe cumplir el solicitante de inscripción de una marca. Es evidente la relación inexorable que debe existir entre el producto y su zona de procedencia, sus características únicas y la necesidad de delimitar un área específica de protección, entre muchas otras más.

Si bien se pueden asemejar estos signos distintivos, se debe tomar en cuenta su diferente naturaleza jurídica.

La diferencia de las indicaciones geográficas, con respecto a las marcas, radica

27. Ver artículo 79 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos de Costa Rica. Ley N° 7978 del 6 de enero de 2000.

28. Cascante Carmona, Cindy y Jiménez Morera, Elka. (2002). *Las Denominaciones de Origen: un estudio multidisciplinario*. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Páginas # 168.

principalmente en que las últimas constituyen “un signo que utiliza una persona física o jurídica para distinguir sus propios bienes y servicios de los de sus competidores”.<sup>29</sup>

La marca confiere a su titular el derecho de impedir que terceros la utilicen sin su consentimiento. En contraposición, una indicación geográfica indica a los receptores que el producto designado procede de un lugar determinado y por ende reviste ciertas características derivadas de su origen. En adición, ésta puede ser utilizada por todos los productores procedentes de esa determinada zona geográfica y que comparten específicas cualidades de esa zona de origen.

De alguna forma las denominaciones de origen e indicaciones geográficas reflejan una similitud en relación con las marcas en cuanto crean una especie de identidad ante los consumidores y posibilitan la organización de una estrategia de diferenciación en términos de calidad, ergo precio. Es así cómo las principales diferencias entre estas figuras jurídicas y las marcas radican en: los requisitos para su protección, el nexo entre las características del producto y su procedencia geográfica, las limitaciones en términos del lugar de producción, elaboración y transformación, su estructura

de administración, la naturaleza colectiva de estas dos figuras jurídicas centrales: todas las empresas y productores que se encuentren dentro del área geográfica delimitada pueden utilizar la indicación geográfica o denominación de origen en cuestión, siempre y cuando cumplan las especificaciones técnicas requeridas en el caso particular.

Aparte de lo anterior, el proceso de inscripción registral de las marcas y de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, si bien tiene sus similitudes, conlleva una diferencia radical, a saber: debe demostrarse previamente la relación directa entre la zona geográfica determinada y el producto por designar, además de sus características específicas que permitan la tutela de este régimen. Por ello, los procesos son evidentemente distintos.

Se concluye que “una indicación geográfica y una denominación de origen son un signo distintivo especial, que si bien comparten la definición básica de marca en lo más puro de su esencia, no son una marca debido a los elementos colaterales de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen”.<sup>30</sup>

En este mismo orden de ideas, su naturaleza jurídica presenta ciertas similitudes pero

29. Peralta Decamps, Richard. (2007). Diagnóstico de las Legislaciones Nacionales sobre Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen de Centroamérica, Panamá y República Dominicana. IICA PROMECAFE Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y Agencia Española de Cooperación Internacional. Página #24.

30. Cascante Carmona, Cindy y Jiménez Morera, Elka. (2002). Las Denominaciones de Origen: un estudio multidisciplinario. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Página # 171.

las dos figuras centrales del presente material implican un régimen diferente: un nexo exclusivo del producto por designar con su lugar de procedencia. Ligadura completamente única, respaldada por factores naturales y humanos que hacen de la misma un enlace excepcional representativo de un plus socio-cultural y comercial.

Régimen distante de las marcas, en el cual se busca la tutela y protección de su uso, para con la utilización de bienes o servicios similares. No existe ningún tipo de ligamen exclusivo en cuanto a su elaboración y producción; es más, esos factores determinantes y esenciales de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, tan siquiera se contemplan para el registro y tutela de las marcas.

Asimismo, otros elementos diferenciadores serían su ciclo de vida y las características propias de cada régimen de protección, entre otros.

### **Titularidad de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas**

#### **Objeto del derecho de la titularidad**

Se puede extraer del ADPIC que el objeto de la protección legal conferida por una indicación de origen es la designación del “...

*territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio...*”<sup>31</sup> Y en materia de denominaciones de origen consiste en “... *la denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad...*”.<sup>32</sup>

No cualquier nombre geográfico puede ser objeto del derecho tutelado por este tipo de figuras. Según el autor Mauricio Jalife Daher “*sólo los topónimos terrestres (del planeta Tierra) pueden ser protegidos por las indicaciones de origen y denominaciones geográficas, puesto que al requerirse un nexo entre las características del producto y su zona de producción sólo podrían aplicar, en principio, por una cuestión de hecho, los nombres de lugares en los que el hombre genera actividades productivas*”. En lo que se coincide con respecto a esta línea de pensamiento, no sólo por estar ligada esta clase de tutela a productos provenientes de orígenes que signifiquen per se actividades productivas provenientes del ser humano, sino que más allá; se requiere utilizar para la tutela de los topónimos, lugares de origen que efectivamente existan para evitar precisamente inducir a error a sus receptores.

#### **Sujeto de la titularidad**

La titularidad de las denominaciones de origen básicamente va a depender de la

31. Ver artículo 22 del ADPIC.

32. Ver artículo 2.1 del Arreglo de Lisboa.

legislación interna de cada país y se debe distinguir entre la titularidad (propiedad) de la denominación de origen y la titularidad del derecho de usar la denominación.

La denominación de origen es un bien público y pertenece a la colectividad nacional o regional, según el caso, de manera inalienable e imprescriptible y su tutela suele corresponder a autoridades públicas o al Estado. Se considera parte del patrimonio nacional, ergo se mantiene bajo tutela y control del Estado.

El derecho de usar comercialmente una denominación de origen sí puede ser atribuido a las personas o entidades que cumplan con la normativa nacional y la reglamentación aplicables a cada denominación. El derecho de uso es administrado por entidades ya sean públicas (autoridad de agricultura o de propiedad industrial) o privadas (asociaciones o consejos regionales de productores); según lo estipule la legislación aplicable.

Generalmente al delimitarse la zona donde regirá la denominación de origen, se reconoce que todos los productores que operan dentro de ella al establecerse la denominación, tienen el derecho de utilizarla. Siempre y cuando cumplan con las disposiciones para el uso de la denominación.

Aspectos generales de la legislación chilena y costarricense sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

En el caso chileno la normativa más importante se circunscribe a: la Ley de propiedad industrial de la República de Chile (Ley n° 19.039) y su reglamento; la Ley que fija las normas sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres (ley n° 18.455) y su reglamento y el Decreto n° 464 que establece zonificación vitícola y fija normas para la utilización. Los aspectos más importantes en materia de concesión de denominaciones de origen e indicaciones geográficas son los siguientes:

- **INSTITUCIÓN COMPETENTE PARA OTORGAR LA CONCESIÓN:** la concesión de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas en Chile le compete al Departamento de Propiedad Industrial, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile.
- **TITULARES DE LA CONCESIÓN:** todos los productores, fabricantes o artesanos que desempeñan su actividad dentro de la zona geográfica delimitada, inclusive aquellos que no estuvieran entre los que solicitaron el reconocimiento inicialmente. Lo que significa que *solamente ellos podrán emplear en la identificación del producto la expresión “Indicación Geográfica” o “Denominación de Origen” o las iniciales “I.G.” o “D.O.”, respectivamente. Estas indicaciones se podrán poner en el envase, siempre que sea de aquellos que se presentan*

*al consumidor sellados, de manera que sea necesario destruirlos para acceder al producto”.*<sup>33</sup>

- **PROHIBICIÓN DE REGISTRO:** se denegará el reconocimiento como indicaciones geográficas y denominaciones de origen a los signos o expresiones que: no se adecuen con las definiciones de esta ley, sean contrarios a la moral y al orden público; puedan inducir a error o confusión en el público consumidor respecto de su procedencia o atributos en cuanto a los productos que pretenden distinguir o que resulten ser indicaciones comunes o genéricas. Según el artículo 104 de este cuerpo normativo, las acciones civiles relativas al derecho de usar una indicación geográfica o denominación de origen registrada y las destinadas a impedir el uso ilegal de las mismas, se ejercerán ante los tribunales ordinarios de justicia.

Y en caso de *“indicaciones geográficas o denominaciones de origen registradas que identifiquen vinos y bebidas espirituosas, las acciones civiles procederán cuando se emplee una indicación geográfica o denominación de origen sin tener derecho a usarla, o traducida, o cuando se acompañe de*

*términos como “clase”, “tipo”, “estilo”, “imitación”, u otras análogas, e incluso cuando se indique el verdadero origen del producto”.*<sup>34</sup>

Esta ley en su artículo 105 establece que serán condenados con penas de multas los que:

- a. Maliciosamente designen un producto del mismo tipo de los protegidos por una indicación geográfica o denominación de origen registrada, sin tener derecho a hacerlo.
- b. Los que, con fines comerciales, usen las indicaciones correspondientes a una indicación geográfica o denominación de origen no inscrita, caducada o anulada, o las simulen.
- c. Los que, con fines comerciales, hagan uso de envases o embalajes que lleven una indicación geográfica o denominación de origen registrada, sin tener derecho a usarla y sin que ésta haya sido previamente borrada, salvo que el embalaje marcado se destine a envasar productos diferentes y no relacionados con los que protege la indicación geográfica o denominación de origen.

Igualmente, los condenados según este artículo serán obligados al pago de las

33. Ver artículo 103 de la Ley de Propiedad Industrial de la República de Chile (Ley N° 19.039).

34. Ver artículo 104 de la Ley de Propiedad Industrial de la República de Chile (Ley N° 19.039).

costas, daños y perjuicios causados a los legítimos usuarios de la indicación geográfica o denominación de origen.

Se decomisan los utensilios y los elementos directamente empleados para la puesta en acción de cualquiera de los delitos mencionados en este artículo y los objetos con indicaciones geográficas o denominaciones de origen falsificadas.

En el caso particular de los objetos con indicación geográfica o denominación de origen falsificada, se procederá a su destrucción.

- **COEXISTENCIA DE MARCAS E INDICACIONES DE ORIGEN Y DENOMINACIONES GEOGRAFICAS:** cuando por aplicación de las leyes nacionales o en tratados internacionales ratificados por Chile, el Departamento llegue a la convicción que es posible la coexistencia entre marcas e indicaciones geográficas o denominaciones de origen, o de estas últimas entre sí, en la resolución definitiva determinará las condiciones en las cuales deben ser usadas para evitar la inducción a error o confusión al público consumidor. En este sentido, la coexistencia entre las dos figuras se convierte en una

cuestión completamente casuística, en donde el Departamento de Propiedad Industrial valora la posibilidad y decide fundamentadamente, al solicitar informes técnicos al Ministerio de Agricultura, si se trata de un producto silvoagropecuario o agroindustrial. Lo anterior, para formar su convicción acerca de la posibilidad de coexistencia de una marca con una indicación geográfica o denominación de origen.

- **Ley que fija las normas sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres (ley n° 18.455) y su reglamento:** establece las siguientes denominaciones de origen para estos productos:<sup>35</sup>
  - a. Pisco: esta denominación queda reservada para el aguardiente producido y envasado, en unidades de consumo, en las Regiones III y IV, elaborado por destilación de vino genuino potable, proveniente de las variedades de vides que determine el reglamento, plantadas en dichas Regiones.
  - b. Pajarete: esta denominación queda reservada para el vino generoso genuino producido y envasado, en unidades de consumo, en las Regiones III y IV, provenientes de vides plantadas en dichas Regiones.

35. Ver artículo 28 de la Ley que Fija las Normas sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Etílicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres (Ley N° 18.455).

- c. Vino Asoleado: esta denominación queda reservada para el vino generoso genuino producido y envasado, en unidad de consumo, en el área de secano comprendida entre el Río Mataquito por el Norte y el Río Bío-Bío por el Sur, provenientes de vides plantadas en el área mencionada.

La legislación chilena, en relación con el etiquetamiento de sus productos, ha sido bastante explícita, sobre todo tratándose de un tema tan sensible como el de las bebidas alcohólicas. A saber, en su artículo 35 de esta ley dispone lo siguiente: *“En los envases o etiquetas de los productos deberán indicarse, a lo menos, las siguientes menciones: nombre y domicilio del envasador; nombre o naturaleza del producto, y su graduación alcohólica y volumen. En el caso de bebidas alcohólicas elaboradas a partir de vino con adición de otros componentes deberá indicarse en forma destacada en los envases o etiquetas, con precisión y claridad, los elementos utilizados en su fabricación”*.<sup>36</sup>

Así también, las etiquetas deberán llevar, además pie de imprenta, con excepción de los productos importados, en los que

deberá indicarse el país de origen, el nombre y domicilio del importador y del distribuidor.

*“El vino envasado, para ser expandido y destinado al consumo directo, deberá tener una graduación alcohólica mínima de 11,5 grados, con un máximo de 1,5 gramos de acidez volátil por litro, a menos que se trate de vinos generosos y licorosos respecto de los cuales las graduaciones mínimas serán de 14º y 16º grados, respectivamente”*.<sup>37</sup>

El Decreto n° 464 establece una zonificación vitícola para vinos chilenos: establece las zonas vitivinícolas y ciertas normas sobre denominación de origen, instituyendo como DO los nombres de cada zona para los vinos producidos y envasados en ellas, además hace indicación de cepajes y año de cosecha y de otros aspectos relevantes para la comercialización y rotulación de los vinos. Se divide el territorio chileno en Regiones vitícolas, a saber: Región Vitícola de Atacama, Región Vitícola de Coquimbo, Región Vitícola de Aconcagua, Región Vitícola del Valle Central y Región Vitícola del Sur.

36. Ver artículo 35 de la Ley que Fija las Normas sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Etílicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres (Ley N° 18.455).

37. Ver artículo 36 de la Ley que Fija las Normas sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Etílicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres (Ley N° 18.455).



En cuanto a legislación, el caso costarricense es sumamente similar al chileno. Nuestro marco legal se circunscribe a: la Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual (ley nº 8039), la Ley de marcas y otros signos distintivos (LEY Nº 7978) y el Reglamento de las disposiciones relativas a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, contenidas en la ley de marcas y otros signos distintivos (LEY Nº 7978). Los aspectos más importantes en materia de concesión de denominaciones de origen e indicaciones geográficas son los siguientes:

- **INSTITUCIÓN COMPETENTE:** el Registro de la Propiedad Industrial es la administración nacional competente adscrita al Registro Nacional para la concesión y el registro de los derechos de propiedad industrial.
- **TITULARES:** los productores, fabricantes o artesanos autorizados para usar comercialmente la denominación de origen o indicación geográfica registrada. Éstos podrán emplear junto con ella la expresión “denominación de origen” o “indicación geográfica”. Las acciones relativas al derecho de usar una denominación de origen o una indicación geográfica registrada, se ejercerán ante los tribunales.
- **PROHIBICIÓN DE REGISTRO:** en relación con el empleo de una indicación

geográfica, ésta no podrá usarse en el comercio por ningún medio relacionado con la designación o presentación de un producto o servicio, cuando tal indicación sea falsa o, aunque literalmente verdadera en cuanto al territorio, la región o localidad de origen de los productos o servicios, indique o sugiera al público una idea falsa o engañosa del origen de ellos o cuando el uso pueda inducir al público a confusión o error acerca del origen, la procedencia, las características o cualidades del producto o los servicios. Y tampoco podrán ser utilizadas en forma tal que constituyan un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10 bis del Convenio de París. Una indicación susceptible de causar error o confusión sobre la procedencia geográfica de los productos, tampoco podrá utilizarse en la publicidad ni en la documentación comercial (venta, exposición u oferta de productos o servicios). Lo anterior, por no ser originarios el producto del lugar designado por la indicación geográfica, o aun cuando se indique el origen verdadero del producto o servicio, pero igualmente genere confusión en el público.

- **COEXISTENCIA DE MARCAS E INDICACIONES DE ORIGEN Y DENOMINACIONES GEOGRAFICAS:** podrá permitirse la coexistencia de una marca y una indicación geográfica o denominación de origen en el mercado si el Registro considera que puede evitarse el riesgo de confusión en el público y

cualquier perjuicio para la capacidad distintiva de la marca. Es decir, es el mismo escenario que en la legislación chilena, la coexistencia de estas figuras se torna en un análisis fundamentado pero casuístico.

- **Reglamento de las disposiciones relativas a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, contenidas en la ley de marcas y otros signos distintivos (LEY Nº 7978):** En el Título VIII de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos se encuentran disposiciones concernientes a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, pero estas figuras no fueron desarrolladas en el Reglamento a dicha Ley. Es por eso que, para aprovechar las ventajas competitivas que ofrecen las indicaciones geográficas y denominaciones de origen para productos y servicios propios, se requiere contar con un reglamento particular que permita su adecuada promoción, protección y administración. En respuesta a esta necesidad, surgió este Reglamento de las Disposiciones Relativas a las Denominaciones de Origen, que regulan aspectos específicos relativos al reconocimiento y protección de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen nacionales y extranjeras. Este Reglamento es sumamente importante porque, además de contener una normativa específica en cuanto

al reconocimiento y protección de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, reconoce y regula asimismo estas figuras distintivas en un plano extranjero. En este sentido, el Registro de la Propiedad Industrial inscribirá las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen a solicitud de la persona legitimada, de productos y servicios de otros países. Se respeta lo establecido en acuerdos internacionales de los que Costa Rica sea parte y sin contravenir nuestro derecho interno.

Ciertamente esta inscripción de denominación de origen e indicación geográfica está sujeta al requisito sine qua non de que el o los solicitantes acrediten mediante certificación, constancia o documento análogo la protección de la misma en su país de origen.

Por otra parte y en cuanto a la protección de una indicación geográfica o denominación de origen extranjera registrada, ésta no podrá considerarse como una denominación genérica mientras esté vigente la protección en el país de origen.

Otro elemento digno de destacar es el reconocimiento y protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen homónimas, a saber: *“En el caso de indicaciones geográficas y denominaciones de origen homónimas legítimas, el registro*

*se condicionará a que el etiquetado o presentación de los productos permitan diferenciar cada denominación, teniendo en cuenta los usos locales y tradicionales, que los productores reciban un trato equitativo y principalmente la necesidad de eliminar los eventuales o potenciales riesgos de confusión al consumidor”.*<sup>38</sup>

Costa Rica tiene un excelente ejemplo para ilustrar lo anterior, corresponde al Pisco de Perú y al Pisco chileno, ambos registrados en nuestro Registro de Propiedad Industrial.

Se desarrolla y especifica el proceso de concesión y registro de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas; se incluyen los elementos por aportar, en cuanto a su normativa de uso, administración y al pliego de condiciones. Este Reglamento brinda una novedad en cuanto a instaurarse un *consejo regulador* y proponerse el mismo por el propio solicitante de la concesión. El *consejo regulador* es el órgano “*encargado de la dirección, administración, fomento, así como de supervisar y controlar el cumplimiento de las condiciones de uso de una denominación de origen conforme a las*

*disposiciones de la Ley de Marcas, este Reglamento, el pliego de condiciones y la normativa de uso de la misma”.*<sup>39</sup>

Este consejo regulador podrá estar constituido o ser designado por la entidad que agrupa y representa a los productores, fabricantes o artesanos que tienen el derecho de usar la indicación geográfica o la denominación de origen registrada.

Este ente tiene como función el verificar que los productos y servicios que se identifiquen con una indicación geográfica o denominación de origen cumplan con los requisitos del pliego de condiciones y de la normativa de uso y administración propuesta y registrada, en forma continua y permanente, sin menoscabo de la verificación que el Estado pueda realizar. Otra de sus funciones consiste en conceder las autorizaciones de uso, es por esto que las personas interesadas en utilizar una indicación geográfica o una denominación de origen deberán solicitarle la respectiva autorización, de conformidad con los requisitos y el procedimiento establecido en la normativa de uso y administración.

38. Ver artículo 23 del Reglamento de las disposiciones relativas a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen, contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley N° 7978.

39. Ver artículo 2.c del Reglamento de las disposiciones relativas a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen, contenidas en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley N° 7978.

Para poder cumplir con sus funciones, el consejo regulador deberá llevar un control de las autorizaciones de uso que conceda y de las que suspenda o cancele; la información se remite al Registro sobre las autorizaciones, suspensiones y cancelaciones de uso que determine, dentro de los diez días siguientes a su determinación.

#### **Proceso de registro en la legislación chilena**

Se lleva a cabo ante el Departamento de Propiedad Industrial chileno. Sus solicitantes consisten en cualquier persona, natural o jurídica que represente a un grupo de productores, fabricantes o artesanos. O autoridades nacionales cuando se trate de indicaciones geográficas o denominaciones de origen ubicadas dentro de los territorios de sus respectivas competencias.

El proceso consiste en: a) presentada y aceptada a tramitación la solicitud, será obligatoria la publicación de un extracto de ésta en el Diario Oficial y cualquier interesado podrá formular dentro del plazo de 45 días oposiciones. b) Vencido este plazo el jefe del Departamento de Propiedad Industrial ordenará la práctica de un informe pericial, el que será puesto en conocimiento de las partes, las que cuentan con 60 días para formular observaciones. c) Estando firme la resolución que otorga el derecho de propiedad industrial y habiéndose acreditado el pago de los derechos pertinentes; se procederá a la confección del Registro. d) Adicionalmente,

tal resolución aprobará y ordenará el registro del reglamento específico de uso y control de la indicación geográfica o denominación de origen reconocida. La duración de este registro es indefinida.

#### **Proceso de registro en la legislación costarricense**

Se lleva a cabo ante el Registro de Propiedad Industrial costarricense. Sus solicitantes pueden ser uno o una agrupación en cualquier forma jurídica de productores, fabricantes o artesanos, que tengan su establecimiento de producción o de fabricación en la región o en la localidad a la cual corresponde la solicitud. El proceso consiste en: a) Recibida la solicitud, el Registro procederá en 15 días a examinar si la misma cumple los requisitos de forma previstos en la Ley. En caso de omitirse algún requisito el Registro otorgará otros 15 días para subsanar la solicitud. b) Superado el examen de la solicitud, el Registro ordenará que se publique por tres veces consecutivas un aviso en el Diario Oficial *La Gaceta*. c) Cumplidos los requisitos de forma y vencido el plazo para la presentación de oposiciones, el Registro procederá a determinar la procedencia o no de la solicitud. Dictando la resolución de fondo. e) Adicionalmente, tal resolución aprobará y ordenará el registro del respectivo pliego de condiciones y la normativa de uso y administración. Al igual que para Chile, la duración de este registro es indefinida.

Las indicaciones geográficas y denominaciones de origen registradas de

conformidad con la Ley de Marcas y este Reglamento, quedan protegidas contra:

- a. La utilización comercial, directa o indirecta, de la denominación para los productos o servicios indicados en el registro, o para productos o servicios distintos, en la medida en que tal utilización se aproveche de la reputación de la indicación geográfica o la denominación de origen.
- b. La usurpación, imitación, o evocación, aunque se indique el origen verdadero del producto o servicio, o si la indicación o denominación se traduce o va acompañada de una expresión aclaratoria o desvinculante tal como: “género”, “tipo”, “método”, “estilo”, “imitación”, u otra similar.
- c. El uso de cualquier tipo de indicación falsa o falaz relativa a la procedencia, el origen, la naturaleza o las características esenciales de productos o servicios iguales o del mismo tipo que los designados por la indicación geográfica o denominación de origen, en el envase o en el embalaje, publicidad o en los documentos relativos a los productos o servicios de que se trate, así como la utilización de envases que por su presentación puedan causar un riesgo de confusión o de asociación con la indicación geográfica o la denominación de origen protegida, o un aprovechamiento indebido de la reputación o prestigio.

- d. Cualquier otra práctica que pueda inducir a error a los consumidores sobre el verdadero origen del producto o servicio.

#### **Casos especiales de denominaciones de origen e indicaciones geográficas**

##### **El caso chileno:**

##### **• En cuanto al queso:**

Con respecto a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de queso en Chile, lo más reciente se relaciona con que diez fábricas de queso de cabra de la Región de Coquimbo estarán en condiciones de recibir una certificación vinculada a la calidad e inocuidad alimenticia. La iniciativa es cofinanciada por el Ministerio de Agricultura, a través de la Fundación para la Innovación Agraria. El procedimiento podría concretarse durante el segundo semestre de este año 2010 y esta certificación sentaría las primeras bases para crear una Denominación de Origen para estos lácteos de la Región de Coquimbo.

Este Sello de Calidad sería entregado por el Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos (INTA) —perteneciente a la Universidad de Chile— que trabaja junto a 200 productores de leche de cabra y 10 queserías de mediano tamaño, localizadas en las provincias de Elqui y Limarí, en el Programa de Innovación Territorial (PIT) “*Renovación para las pymes de la IV Región destinado a elaborar quesos de cabra de alto*

*valor agregado, en base a fermentos locales y de calidad e inocuidad controlada*”.<sup>40</sup>

El INTA estaría en condiciones de certificar a aquellas plantas asociadas al programa que cumplan con los protocolos de calidad e inocuidad, a partir del segundo semestre del presente año. Por el momento, tienen la resolución sanitaria para la comercialización; por lo que la fase siguiente es crear un Sello de Calidad y sentar las bases para el reconocimiento de una Denominación de Origen para este subproducto lácteo.

Por otra parte, la denominación de origen apuntaría a las características territoriales particulares de la zona, al tipo de producción artesanal, al uso de fermentos lácticos nativos de la Región de Coquimbo, entre otros elementos que puedan ser identificados a través de estudios.

Otras iniciativas en este sector son el queso artesanal Panquehue del valle del Aconcagua y su solicitud de indicación geográfica y otras propuestas que tienen relación con la identificación de quesos en zonas como Chiloé o la Patagonia chilena.

La obtención de una denominación de origen es un proceso largo cuya primera etapa

considera desarrollar las bases y recopilación de antecedentes históricos que permitan reconocer una denominación oficial. Incluso, los requisitos para conseguir un Sello de Calidad sirven como punto de partida.

Esta es una de las razones por las cuales en Chile no se han presentado muchas propuestas o iniciativas de inscripción de denominación de origen o indicación geográfica en cuanto a queso. Aunado a que habría una traba con la legislación sanitaria que no permitiría innovar mayormente en la oferta de productos lácteos, ya que a diferencia de otros países, “*la mayoría de los quesos con denominación de origen es elaborada a partir de leche cruda. Sin embargo, en Chile se prohíbe fabricar quesos a partir de leche cruda, limitando la posibilidad de expresar el potencial del lugar donde fueron elaborados o pastoreaban los animales*”.<sup>41</sup>

Es decir, no estamos ante un proceso sencillo, se necesita de arduo trabajo interdisciplinario, se cuenta con trabas en cuanto a legislación y más allá de lo anterior, las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas son figuras jurídicas sumamente nuevas para Latinoamérica, por lo que Chile no es la excepción.

40. Ver página web: [http://www.prodarnet.org/notes/Fabricantes\\_de\\_queso\\_de\\_cabra\\_tramitan\\_sello\\_de\\_calidad\\_en\\_Chile](http://www.prodarnet.org/notes/Fabricantes_de_queso_de_cabra_tramitan_sello_de_calidad_en_Chile).

41. Ver sitio web: <http://www.zonaforestal.cl/actualidad/244-productores-demuestran-poco-interes-en-solicitar-denominaciones-de-origen/>.

• **En cuanto al vino y las bebidas alcohólicas**

Por otra parte, en cuanto al vino, éste conlleva un proceso mucho más sencillo pensado para la exportación. Aquí el Servicio Agrícola Ganadero (SAG) decreta cuáles son las zonas geográficas donde se produce vino (según catastro vitivinícola) y los productores sólo deben demostrar que el 75% de las uvas con que elaboran el producto proviene de uno de los valles, sin obviar todo el proceso analizado previamente. Actualmente, Chile a la fecha sólo tiene tres denominaciones de origen: el pisco, el vino asoleado y el pajarete.

*“Las únicas indicaciones geográficas chilenas reconocidas legalmente son “pisco” “pajarete” y “vino asoleado”. Ellas se reservan para ciertas bebidas alcohólicas producidas y envasadas en determinadas zonas del país”.*<sup>42</sup>

**El caso costarricense:**

• **En cuanto al queso:**

En cuanto al queso, se cuenta con la solicitud de denominación de origen del

Queso Turrialba, presentada al Registro de Propiedad Industrial el 26 de febrero de 2008, bajo el número de expediente N° 1721. El nombre de su titular es Asociación de Productores Agropecuarios de Santa Cruz de Turrialba, cédula jurídica 3-002-269458. Y su estado actual es en espera de depósito para estudio técnico.

Según el Estudio Técnico de la Denominación de Origen del Queso Turrialba para su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial costarricense, elaborado en junio de 2007 por los doctores en Ingeniería Agrónoma Leonardo Granados Rojas y Carlos J. Álvarez López<sup>43</sup> el Queso Turrialba es un producto tradicional fabricado en aproximadamente 250 pequeñas unidades familiares a partir de leche producida en la misma explotación utilizando métodos artesanales (uso de leche íntegra y cruda) y por 12 pequeñas plantas industriales, que utilizan un método más tecnificado (descremado y pasteurización de leche), ubicadas en la región de Santa Cruz en el cantón de Turrialba, donde constituye la base de la economía local.

Este estudio comprende las siguientes fases para la determinación del área geográfica

42. Simposio sobre la protección internacional de las indicaciones geográficas. Denominaciones de origen, posición de las viñas de Chile en el concierto del nuevo mundo; y en relación con negociaciones con la Unión Europea DNPI. OMPI. 2001. Pág. #02.

43. El estudio fue realizado con criterio científico durante un período de aproximadamente tres años, aportó los elementos requeridos para la elaboración del Pliego de Condiciones de la Denominación de Origen (DO) del Queso Turrialba. Para ello se tomó como referente el marco conceptual y la lógica metodológica utilizada en la Unión Europea, según la normativa vigente en esta región.

de producción de leche y de fabricación de queso, sus características específicas y su vinculación con los factores humanos y naturales del medio geográfico:

- i. Rescate de conocimientos locales y tradicionales, para lo que se organizaron actividades con los productores, entrevistas y localización de documentos inéditos.
- ii. Recolección de información de las características del sistema de producción de leche y del método de fabricación de queso (encuesta) en una muestra representativa de unidades artesanales e industriales.
- iii. Estudio de percepción del consumidor, a través de un sondeo de imagen y consumo de queso con consumidores de la principal área metropolitana de Costa Rica.
- iv. Determinación de las características físico-químicas, sensoriales y de la condición microbiológica de muestras de producto.
- v. Revisión y validación de resultados por una comisión local de productores y representantes de instituciones públicas.

En esta investigación por motivos de delimitación del tema y especialidad se tomarán sólo los datos esenciales para ilustrar toda la teoría plasmada a través de los apartados anteriores.

Uno de los requisitos esenciales para optar por el reconocimiento de una denominación de origen es la delimitación de su área geográfica. *“Para la confirmación de los límites territoriales de la DO del queso Turrialba, que fueron establecidos por los propios fabricantes en el Taller con productores, se ha tomado como referencia la metodología propuesta por Berard (2001), que utiliza el análisis jerárquico y sucesivo de varios criterios sobre la especificidad de un producto (localización de los agentes económicos, localización de los conocimientos técnicos específicos, los factores ecológicos, la realidad económica histórica y la influencia de una posible subdivisión previa)”.*<sup>44</sup>

Según el criterio de *la localización actual de los agentes económicos*, éste es importantísimo para la delimitación del territorio del queso Turrialba. Según la información de este Estudio, *los actores actuales se ubican en un territorio relativamente concentrado dentro de límites geográficos relativamente fáciles de diferenciar*. Esta ubicación corresponde a una extensión histórica del núcleo original

44. Granados Rojas Leonardo y Álvarez López Carlos. Estudio Técnico de la Denominación de Origen del Queso Turrialba para su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial costarricense. 2007. pág. # 05.

de ubicación de los actores económicos, localizados inicialmente en zonas de mayor altitud, en las faldas del volcán Turrialba.

En el territorio de ubicación actual donde, según este estudio, los *conocimientos técnicos específicos* se han desarrollado, conservado y consolidado elementos comunes y particulares en cuanto a los sistemas de producción de leche y a los métodos de fabricación de queso.

Otras características por considerar son: su asilamiento geográfico y sus condiciones idóneas para la actividad lechera. Aunada su evolución y adopción de características sociales y económicas comunes, *estas últimas basadas en la producción de leche y en la fabricación de queso.*

Otro criterio por considerar para la delimitación del territorio está relacionado con *los factores ecológicos o naturales del medio geográfico y su vínculo con la especificidad del producto.* Es digno de resaltar que por tratarse de un producto transformado, el elemento *especificidad* es de suma importancia y otro factor esencial es la carencia de un factor estrictamente vinculado a la especificidad del producto, como podría ser una raza de ganado

o un tipo de pasto autóctono de la región. *Sin embargo, el conjunto de elementos naturales o agroecológicos del medio geográfico, tienen una incidencia indirecta sobre el producto final, al determinar las características de la materia prima. Igualmente, la acción del hombre sobre estos factores, ha configurado sistemas de producción característicos de la región.*

Por lo que según Berard<sup>45</sup>, los principales criterios para la determinación de la zona a delimitar para el reconocimiento de una denominación de origen, para productos transformados o no, deben ser los siguientes:<sup>46</sup>

- i. El origen de las materias primas y sobre todo su capacidad para determinar la cualidad de un producto.
- ii. Los factores ecológicos que incluyen los elementos naturales (el clima, la topografía, etc.), algunos de los cuales pueden ser modificados por el hombre (como los pastos, el suelo etc.).
- iii. La ubicación de los agentes económicos.
- iv. iv) Los conocimientos técnicos locales o el “saber-hacer”, que se reflejan en el producto y determinan su especificidad.

45. Uno de los principales investigadores de la metodología francesa para la determinación de la zona geográfica de una denominación de origen.

46. Granados Rojas Leonardo y Álvarez López Carlos. Estudio Técnico de la Denominación de Origen del Queso Turrialba para su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial costarricense. 2007. pág. # 06.

- v. La realidad económica actual vinculada a la presencia o ubicación de los productores y/o fabricantes.
- vi. La realidad económica histórica vinculada a la presencia o ubicación de los productores y/o fabricantes que originaron la reputación del producto.
- vii. La existencia de una subdivisión anterior que puede ser una zona de protección previa como una delimitación administrativa que utiliza el mismo nombre geográfico del producto.

En cualquier caso, todos estos criterios se aplican posteriormente a haber reconocido la especificidad y reputación del producto.

*“Esta delimitación del territorio es una de las condiciones que normalmente se solicita en las legislaciones sobre denominaciones de origen, la cual se incluye, junto a las características diferenciales que otorgan tipicidad al producto (físicas, químicas, microbiológicas y sensoriales), y a los factores que demuestran el vínculo del producto con el medio geográfico en sus dimensiones natural y humana (que como se indica más adelante, esta información es incorporada a un documento normativo, conocido frecuentemente como pliego de condiciones)”.*<sup>47</sup>

Por todo lo anterior se concluyó que efectivamente existe una gran viabilidad para la implantación de la denominación de origen de este producto, tanto por sus cualidades y su vínculo territorial, como por el evidente interés de los productores y organizaciones locales; esto, podría devenir, económicamente hablando, en un aumento en la demanda y en el precio del producto.

#### • En cuanto al vino y las bebidas alcohólicas

En cuanto al vino, si bien Costa Rica no es un país caracterizado por producir vino, contamos con una serie de personas jurídicas y físicas que se dedican a importar, fabricar, distribuir o vender bebidas alcohólicas.

Una de las empresas productoras, fabricantes, distribuidoras y vendedoras mayoristas es Vinícola Costarricense S.A. (VICOSA).

VICOSA ostenta tres marcas comerciales de vinos: la Casa de la Garita y TEBER a un nivel nacional y exportan vino bajo la marca BUKE. Estas marcas comerciales se protegen bajo la clase 33 del Arreglo de Niza<sup>48</sup>, el cual resguarda las bebidas alcohólicas con excepción de las cervezas, en este caso específico vino de uva.

47. Ídem.

48. Ver la Nomenclatura Internacional. Clasificación de Marcas según Arreglo de Niza de 15 de junio de 1957.

Vinícola Costarricense S.A. se fundó en julio de 1997, con el fin de elaborar vino con base de uva aprovechando las cosechas de once agricultores nacionales; se convierte, con el paso de los años, en la primera industria de vinos jóvenes.

Su plantase ubica en la Garita de Alajuela, zona que presenta un clima y tierra característicos para el cultivo y proceso de la vid. En la misma se puede apreciar la elaboración del vino, desde la selección de la fruta, rotura, extracción del jugo, fermentación, filtración, maduración, envasado en atmósfera inerte, encorchado, sellado, etiquetado, hasta el empaque y el adecuado almacenamiento del producto.

Sus marcas presentan los siguientes tipos de vinos y sus respectivas menciones de calidad:

1. **Vinos Blancos:** vino joven de mesa, color paja muy tenue, de transparencia cristalina. En la nariz es delicado, en la boca es un vino con sabor frutal o floral.
2. **Blanco Dulce:** apropiado para acompañar postres y frutas. Debe servirse a una temperatura entre 8 y 10 grados C.
3. **Blanco Seco:** apropiado para tomarse solo o acompañar mariscos y carnes blancas. Debe servirse a una temperatura entre 8 y 10 C.
4. **Blanco Seco Achampañado:** apropiado para acompañar pescado, mariscos, salame, pizza, carnes blancas, meriendas y frutas, también adecuado para brindis.

Debe servirse a una temperatura entre 8 y 10 grados C.

5. **Blanco Semi Seco Espumoso:** apropiado para acompañar comidas como pizza y quesos, ideal para reuniones sociales y brindis. Debe servirse a una temperatura entre 8 y 10 grados C.
6. **Vinos tintos:** vino joven de mesa, color rubí, transparencia cristalina. En la nariz es delicado y en la boca es un vino con delicioso sabor frutal.
7. **Tinto Dulce:** apropiado para acompañar comidas picantes, también se puede tomar solo. Debe servirse a una temperatura entre 8 y 10 grados C.
8. **Tinto Seco:** apropiado para acompañar carnes, asados, pastas con salsa de carne o solo. Debe servirse a una temperatura entre 16 y 18 grados C.
9. **Rosado Espumoso:** vino joven de mesa, color paja muy tenue, transparencia cristalina. Un vino de olor delicado y exquisito, ideal para brindar en bodas y ocasiones especiales. Debe servirse a una temperatura entre 8 y 10 grados C.
10. **Espumante Método Charmat Dulce o Seco:** vino joven de mesa, color paja muy tenue, transparencia cristalina. Un vino de olor delicado y exquisito, ideal para brindar en bodas y ocasiones especiales. Debe servirse a una temperatura entre 8 y 10 grados C.

A manera de conclusión:

- A pesar de ser dos signos distintivos similares, las denominaciones de origen

e indicaciones geográficas son disímiles. El vínculo relacional entre el producto y su lugar de procedencia presenta intensidades diferentes, por lo que sus elementos esenciales difieren. A saber: su exclusividad a nivel de producción, elaboración o transformación dentro de la zona de procedencia, la existencia de elementos de tradición histórica y sociocultural, que caracterizan a las denominaciones de origen.

- A pesar que Chile tiene más trayectoria en este tema, nuestras legislaciones de Propiedad Industrial son bastante similares. Resaltando Chile con su sistematización de denominaciones de origen para con sus vinos. Mediante su catastro de zonificación vitícola.
- Incluso el procedimiento de registro ante las instancias competentes básicamente es el mismo. Difiriendo solamente en que en el caso de Chile, se contará con apoyo de un peritaje del Ministerio de Agricultura para el caso de productos silvoagropecuarios y agroindustriales.
- La realidad chilena en cuanto a denominaciones de origen e indicaciones geográficas de quesos es bastante rezagada, ya que son éstos bajos en calidad. Realidad superada por Costa Rica en cuanto al respaldo de calidad de nuestro queso Turrialba.

En cuanto a la realidad vinífera, es todo lo contrario. Costa Rica no se caracteriza por producir vino de calidad, en cambio Chile, cuenta con varias denominaciones de origen e indicaciones geográficas inscritas y reconocidas a nivel internacional.

- Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas son designaciones que por se responden a una distinción de atributos diferenciadores, esto por ubicarse por sobre la calidad sanitaria o inocuidad.
- La importancia de estas dos figuras jurídicas es imperante para la economía y la cultura de las naciones. Los beneficios de una adecuada tutela de ellas se traducen en una diferenciación del producto otorgándole una garantía de conformidad con estándares locales o internacionales, lo cual brinda confianza al consumidor y se traduce en un plus comercial, es decir, en un elemento diferenciador en cuanto a precio.
- Sin embargo, los beneficios de una sistematización de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas van más allá de un mero plano económico y comercial. Están directamente relacionados con la idiosincrasia de los pueblos y su desarrollo rural. Involucrando tradiciones y costumbres propias de cada rincón del planeta.

## LA PRUEBA TRASLADADA

*Ronny José Durán Umaña<sup>1</sup>*

### **Resumen:**

Crítica a la admisión indiscriminada de la prueba recibida en un proceso y trasladada a otro, sin que hayan figurado como parte la persona contra quien se quiere hacer valer. Se concluye que no es necesario realizar una regulación normativa de la prueba trasladada si el juzgador asume el papel de garante del proceso y de los principios constitucionales.

### **Abstract:**

### **Palabras clave:**

Prueba, derecho procesal, principio de contradictorio, derechos fundamentales, juez garante de la constitución

Prueba trasladada es aquella producida en un proceso determinado y que se quiere hacer valer en otro proceso.

Para el maestro DAVIS ECHANDIA<sup>2</sup> la define como aquella que “se practica o admite en

otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite” Prueba que, al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere de ratificación y adquiere plena validez.

En la legislación costarricense no se regula en norma especial la prueba trasladada, toda vez que en el Código Procesal Civil el numeral 316 establece la obligación del Juez de ordenar recibir de las pruebas ofrecidas las que sean procedentes y las que de oficio considere procedente, rechazando las que se refieran a hechos admitidos expresamente, a hechos amparos por una presunción, a hechos evidentes y a hechos notarios y a los que sean ilegales, inadmisibles o impertinentes, cuando arribamos a los medios de prueba se regula la declaración de las partes, declaraciones de testigos, documentos e informes, dictámenes de peritos, reconocimiento judicial, medios científicos, presunciones e indicios. No obstante, en el Código Procesal Civil

- 
1. Magíster en Derecho Ambiental UCR, Egresado de programa Doctoral en Derecho; Universidad Escuela Libre, Juez Civil de San José y Juez Suplente del Tribunal de Casación Penal de Cartago
  2. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Compendio de la Prueba Judicial”, T. I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1984, página 205

colombiano se regula a partir del numeral 185 y en él se define: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.” En igual sentido se regula en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el artículo 145 el cual dispone: “Prueba trasladada.- Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.”

Para los autores HERNANDEZ LOZANO Y VASQUEZ CAMPOS<sup>3</sup> pueden hacerse valer en un proceso las pruebas producidas en otro, aunque tramiten distintas jurisdicciones, siempre que ellas se hubieran producido con la intervención de los interesados.

Por otro lado, COUTURE<sup>4</sup> señala que el problema no es de formas de la prueba sino un problema de garantías del contradictorio. Las pruebas de otro proceso pueden ser válidas si en el anterior la parte ha tenido la

posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación e impugnación que la ley otorga en el juicio en el que se producen.

Es decir, la condición de validez de la prueba trasladada gravita sobre el principio de bilateralidad, es decir que la prueba haya sido introducida con intervención controlada de la parte contra quien se intenta utilizar

El contradictorio: El derecho a interrogar al testigo es un elemento esencial del derecho a la prueba, el cual se deriva del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 39 y 41 de la Constitución Política, 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la práctica judicial costarricense pese a no conocerse con dicha nomenclatura se realiza con frecuencia y muchas veces sin preguntarse siquiera si lo que se está admitiendo es prueba documental o testimonial y mucho menos si con ello estaríamos mutilando principios procesales y fundamentales a las partes como son inmediación, contradictorio; debido proceso. Dejando, en algunos casos, en un completo estado de indefensión a una de las partes

3. HERNANDEZ LOZANO Carlos VASQUEZ CAMPOS José, Código Procesal Civil (comentado y anotado) , Tomo I, Lima, Ediciones Jurídicas, 1996, pág. 651

4. COUTURE Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial Depalma, pág. 255

que no integró el proceso precedente; de donde se extrae la prueba producida y con ello cercenando o vedando el derecho de una de las partes al contradictorio.

Comparto plenariamente la utilidad de la prueba trasladada, siempre y cuando se observen máximas para evitar lo anterior, por ello es que la pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. El requisito que se exige para validar esos medios de prueba, para permitir su traslado de un proceso anterior a otro posterior, radica en que aquellos medios de prueba hayan tenido en su diligenciamiento el control de la parte contra la que quieren hacer valer fue quien propuso el medio de prueba y solicitó su diligenciamiento, como si la parte mencionada no lo propuso pero fue parte en aquel proceso y tuvo, por consecuencia, como conocimiento de ellos y la posibilidad de asistir a su diligenciamiento y, por tanto, controlar su producción. La prueba trasladada no se limita, pues, a la prueba producida en otro proceso en el que

fueron parte las dos partes del proceso actual. En este caso, obviamente, corresponde la prueba trasladada. Pero también corresponde acudir a la misma, en caso de que la parte contra la que quiera hacer valer actualmente el medio de prueba, haya sido parte, a su vez, en aquel proceso anterior. TARIGO Enrique, *Lecciones de derecho procesal civil*, citado por PARAJELES VINDAS Gerardo, *La prueba en materia civil*, Escuela Judicial, San José, pág. 290, 1999.

La “jurisprudencia” costarricense<sup>5</sup> se ha decantado por la prueba trasladada, haciendo algunas aclaraciones sobre el punto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas resoluciones ha indicado: “ V .- Tocante al error de derecho, el recurrente plantea, sin reconocerlo con claridad, el tema de la prueba trasladada. El traslado de pruebas es un mecanismo destinado a la verificación de los hechos debatidos, que permite que los medios probatorios oportunamente evacuados en un proceso, puedan ser incorporados a otro litigio. Tal figura no fue regulada en el Código Procesal Civil, sin embargo ello no faculta, a priori, para vedarlo como mecanismo al alcance de los litigantes para acreditar los fundamentos fácticos de sus reclamaciones. Debe tomarse

5. Se reconoce como jurisprudencia únicamente la emanada del los tribunales que puedan cumplir las funciones nomofiláctica: unificación de jurisprudencia. Función dikelógica: Justicia del caso concreto. Se hace la aclaración en virtud de que la literatura jurídicas costarricense se han publicado bibliotecas enteras bajo la falsa creencia de que lo que se compila o se comenta es la jurisprudencias cuando en realidad son resoluciones algunas muy importantes de Tribunales, pero no pueden calificarse como jurisprudencia.



en cuenta que el artículo 4 del Código Procesal Civil establece que para los casos no previstos en ese cuerpo normativo, habrá de acudir a la analogía o, en la antípoda, a la disparidad de razón, para resolver la falta de norma, y en defecto de ellos, habrá de integrarse acudiendo a los principios constitucionales y las máximas del Derecho Procesal. Desde la perspectiva constitucional, a partir del artículo 39 de la Carta Magna, se ha desarrollado el principio del debido proceso, del cual se derivan, como aplicables a la actividad probatoria en el proceso civil, los corolarios de audiencia y contradicción. Por tanto, si en el proceso en el cual se evacuó el medio probatorio se dilucidó entre los mismos litigantes, quienes tuvieron a la mano la posibilidad de controvertirla, no hay obstáculo para su traslado a otro proceso, en el tanto, nuevamente allí se garanticen ambos derivados del derecho de defensa. En los últimos tres lustros esta Sala se ha referido -en pocos casos y de manera breve- al traslado de prueba. Así, en el fallo N° 108-F-90 de las 14 horas 50 minutos del 23 de diciembre de 1990 señaló: “*En cuanto a esta clase de traslado de prueba la Casación ya se ha pronunciado en los siguientes términos: “... la forma legal de trasladar la prueba de un proceso a otro es por medio de certificación de las piezas correspondientes, más no pidiendo “ad effectum videndi” el juicio o causa en que esa prueba fue practicada”* (Casación N° 71 de 15:30 horas del 9 de septiembre de 1983). También se ha resuelto que: “*debe observarse, por lo demás, que el primer juicio fue entre las mismas partes de*

*éste, por lo cual las declaraciones de testigos allá rendida (sic) con intervención de ellas, (sic) no necesitaban ratificarse en el presente”* (Sent. Casación N° 38 de 15 horas del 16 de mayo de 1973, cons. III)”. Por otro lado, los fallos N° 368-F-00 de las 14 horas 35 minutos del 17 de mayo del 2000, 30-F-01 de las 15 horas 22 minutos del 10 de enero del 2001, se limitan a señalar una breve cita doctrinal que define el instituto. Esto se repite en el fallo 606-F-02 de las 16 horas 10 minutos del 7 de agosto del 2002, el cual, además, destaca: “... *Prueba que, al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó (sic) por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere de ratificación y adquiere plena validez. A mayor abundamiento de razones se observa que el Tribunal mediante resolución de las 15:50 horas del 23 de julio de 1999, otorgó a los codemandados el término de tres días para que concretaran sus objeciones a los dictámenes de marras, sin embargo los codemandados se limitaron a reiterar su rechazo sin concretar cargos que menoscaben su validez.”* . Debe recordarse que la ratificación que estiman innecesaria estos precedentes, supone que aquél de quien proviene la probanza (testigo, perito, etcétera), no debe concurrir nuevamente a sostener lo que previamente afirmó en distinta controversia. Sin embargo, ello no exime de poner en conocimiento de la contraparte el medio probatorio que pretende incorporarse a un nuevo litigio, aún cuando se hubiere originado en un proceso diverso, entre los mismos litigantes, para que, si lo juzga necesario, pueda controvertirlo” (Sala

Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 877-05 de las 10 horas del 17 de noviembre de 2005). En este asunto la prueba trasladada es documental la cual contendría consideraciones diferentes si fuese prueba confesional o testimonial, en razón del principio de inmediatez de la prueba que prevalece en el proceso agrario. Pero con la documental, es suficiente, como lo señala el voto de la Sala referida, sean los mismos litigantes, y existiera en el otro proceso la posibilidad de controvertirla. En este caso es evidente, las manifestaciones emanan del mismo promovente. Admitir la tesis esgrimida sobre el presunto error, es permitir un fraude procesal al tenor del ordinal 22 del Código Civil. La Ley de informaciones posesorias, en el numeral 3 señala, las afirmaciones del titular tendrán carácter de declaración jurada, y cualquier falsedad le hará incurrir en las penas del perjurio, si no incurriere en delito de mayor gravedad, a juicio de la autoridad penal. Con ello es evidente, el legislador de manera expresa le concede un valor diferente a lo que el titular externe durante las diligencias. Por lo anterior, hizo bien la ad quo en exponer la preocupación por la falta de coherencia entre las manifestaciones. El promovente tiene la carga de la prueba de conformidad con el ordinal 317 inciso 1) del Código Procesal Civil de aplicación supletoria, por ello debe demostrar de manera diáfana la posesión alegada. Abonado a lo antes expuesto es menester explicar el otro motivo por el cual tampoco ha cumplido el recurrente con demostrar la posesión, aún sin considerar el desatino señalado.

La prueba sumaria, con independencia del poder demostrativo que pueda tener, es aquella que no ha sido conocida por la parte contra la cual se presenta, y que por tanto no ha tenido oportunidad de controvertir. Esta no se relaciona con su poco poder demostrativo, ya que no se trata de una prueba incompleta, pues aquella tiene que demostrar plenamente el hecho, solo que le falta ser contradicha. Las pruebas no controvertidas o sumarias no pueden servir de fundamento para la resolución del conflicto judicial.

En conclusión, toda sentencia judicial debe apoyarse en plenas pruebas, esto es en aquellas que legalmente pueden producir en el juez como tal, convicción jurídica de la verdad del “supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que en ellas persigue”, como lo dispone el artículo 318 del Código Procesal Civil.

En forma aceptada la aplicación del principio de legalidad o licitud de la prueba y sus consecuencias van íntimamente relacionadas con el debido proceso, garantía plena en el artículo 39 y 41 constitucional, toda vez que la ilicitud de la prueba da razón a la nulidad de la misma.

En la mayoría de las veces la ilicitud de las pruebas no es causa de nulidad. Generalmente el único efecto jurídico procesal de su ilicitud consiste en la inadmisibilidad o la ineficacia de la prueba, si por error fue practicada; tal es el caso de la prueba tomada a pesar de existir prohibición legal, pero sin vicios

de procedimiento, sin embargo, cuando la ilicitud consiste en el empleo de la violación física, moral o psicología para la obtención de la prueba, se produce su nulidad inmediata.

La prueba útil; es aquella que versa, necesariamente, sobre los hechos controvertidos, puesto que nuestro código de procedimiento civil, ordena al juez rechazar *inlimine* las pruebas notoriamente impertinentes, y considera como tal las que no se ciñen “ al asunto materia del proceso”. La prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar. **Pruebas conducentes:** es aquella que es apta para que el juez llegue al convencimiento, en relación con el hecho al que hace mención la misma prueba, **Pruebas pertinentes:** tienen relación con el hecho que se pretende probar (artículo 316).

A diferencia, las pruebas que pretendan demostrar hechos diferentes a los que se debaten en el litigio o que no hayan sido afirmadas por las partes, serán impertinentes, y si la impertinencia es notoria, o sea que se presenta a la mente del juez sin esfuerzo alguno, este deberá rechazarlas cuando se le pidan. Si la impertinencia de la prueba fuera apenas dudosa, el juez está en el deber de decretarlas y practicarlas, pues en todo caso, al dictar sentencia, que es la verdadera oportunidad de calificar a fondo las pruebas aducidas al proceso, si las considera impertinentes podrá desestimarlas. La calificación del juez es muy delicada y compromete su responsabilidad, por que si se equivoca al hacerla, y debido a ello rechaza una prueba trascendental para la decisión

del litigio puede causarle grave perjuicio a la parte que la pido. Por tal razón el rechazo de la prueba debe hacerse cuando es notoria.

Para el traslado de la prueba se requiere reunir los siguientes requisitos:

- Que en el primer proceso se hayan practicado validamente.
- Que el traslado al segundo proceso sea pedido y solicitado en tiempo oportuno.
- Sea expedida en copia autentica.
- Que en el proceso originario hayan sido practicadas a petición de parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

La prueba trasladada es válida si es practicada en procesos seguidos entre las mismas partes a los efectos de dar cumplimiento con el principio de contradicción e intermediación, en la cual según este principio el juez de la causa, debe estar presente o presenciar los actos de prueba, dirigirlos y a su vez tener una mejor apreciación de la prueba. La conducta asumida por los testigos sólo pueden ser apreciados y valorados por quien presenció el acto y si quien decide la causa es una persona diferente a quien presidió y dirigió el acto, todas estas circunstancias serán inapreciadas al momento de valorar la prueba.

El problema se presenta con aquella prueba la cual ninguna de las partes donde se quiera hacer valer haya figurado como parte donde se produjo, o bien, que la persona que quiera hacer valer la prueba sea la única que formó

parte ahí donde se realizó. Porque es aquí donde en realidad estaríamos vedando el verdadero acceso a la justicia y por violación a los principios del contradictorio, intermediación y concentración, estaríamos violentando el debido proceso de aquella parte que no tuvo la oportunidad de integrar aquella litis.

- a. La institución de la prueba trasladada es útil para el mejor y más económico desarrollo de los procesos, siendo su fundamento básico la unidad de la jurisdicción.
- b. Es condición esencial para su validez que en su aplicación se dé plena vigencia al principio de bilateralidad, que puede asumir diversas modalidades, conforme la índole de la prueba, quien ha requerido la traslación probatoria y la participación que haya cabido a los interesados en la producción y posibilidad de contralor.
- c. Debe analizarse cuidadosamente la incidencia que respecto de la utilización del instituto pueda tener en cada caso el diverso contexto en que se hay producido la prueba en el origen respecto del proceso en que se intente aplicarla.
- d. La bilateralidad debe exteriorizarse en que origen la prueba se haya introducido a pedido o con intervención controladora de la parte contra quien se intente utilizar el medio. Sobre el tema la doctrina afirma que “cuando se traslada una prueba de un proceso a otro, si la persona contra la cual se aduce fue parte en aquel y con su citación y audiencia se practicó o incorporó al proceso, como se cumplió

con el derecho de contradicción se puede apreciar sin más formalidades” (Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, 3 ed, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1992, p.37). Por otra parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en resolución N°368-F-00, de las catorce horas treinta y cinco minutos del diecisiete de mayo del dos mil, se pronunció en el mismo sentido al explicar que “ *El traslado de pruebas es un mecanismo destinado a la verificación de los hechos debatidos, que permite que los medios probatorios oportunamente evacuados en un proceso, puedan ser incorporados a otro litigio. Tal figura no fue regulada en el Código Procesal Civil, sin embargo ello no faculta, a priori, para vedarlo como mecanismo al alcance de los litigantes para acreditar los fundamentos fácticos de sus reclamaciones. Debe tomarse en cuenta que el artículo 4 del Código Procesal Civil establece que para los casos no previstos en ese cuerpo normativo, habrá de acudir a la analogía o, en la antípoda, a la disparidad de razón, para resolver la falta de norma, y en defecto de ellos, habrá de integrarse acudiendo a los principios constitucionales y las máximas del Derecho Procesal. Desde la perspectiva constitucional, a partir del artículo 39 de la Carta Magna, se ha desarrollado el principio del debido proceso, del cual se derivan, como aplicables a la actividad probatoria en el proceso civil, los corolarios de audiencia y contradicción. Por tanto, si en el proceso en el cual se evacuó el medio probatorio*

se dilucidó entre los mismos litigantes, quienes tuvieron a la mano la posibilidad de controvertirla, no hay obstáculo para su traslado a otro proceso, en el tanto, nuevamente allí se garanticen ambos derivados del derecho de defensa. En los últimos tres lustros esta Sala se ha referido -en pocos casos y de manera breve- al traslado de prueba. Así, en el fallo N° 108-F-90 de las 14 horas 50 minutos del 23 de diciembre de 1990 señaló: “En cuanto a esta clase de traslado de prueba la Casación ya se ha pronunciado en los siguientes términos: “... la forma legal de trasladar la prueba de un proceso a otro es por medio de certificación de las piezas correspondientes, más no pidiendo “ad effectum videndi” el juicio o causa en que esa prueba fue practicada” (Casación N° 71 de 15:30 horas del 9 de setiembre de 1983). También se ha resuelto que: “debe observarse, por lo demás, que el primer juicio fue entre las mismas partes de éste, por lo cual las declaraciones de testigos allá rendida (sic) con intervención de ellas, (sic) no necesitaban ratificarse en el presente” (Sent. Casación N° 38 de 15 horas del 16 de mayo de 1973, cons. III)”. Por otro lado, los fallos N° 368-F-00 de las 14 horas 35 minutos del 17 de mayo del 2000, 30-F-01 de las 15 horas 22 minutos del 10 de enero del 2001, se limitan a señalar una breve cita doctrinal que define el instituto. Esto se repite en el fallo 606-F-02 de las 16 horas 10 minutos del 7 de agosto del 2002, el cual, además, destaca: “...Prueba que, al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó (sic) por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere de ratificación

y adquiere plena validez. A mayor abundamiento de razones se observa que el Tribunal mediante resolución de las 15:50 horas del 23 de julio de 1999, otorgó a los codemandados el término de tres días para que concretaran sus objeciones a los dictámenes de marras, sin embargo los codemandados se limitaron a reiterar su rechazo sin concretar cargos que menoscaben su validez.”. Debe recordarse que la ratificación que estiman innecesaria estos precedentes, supone que aquél de quien proviene la probanza (testigo, perito, etcétera), no debe concurrir nuevamente a sostener lo que previamente afirmó en distinta controversia. Sin embargo, ello no exime de poner en conocimiento de la contraparte el medio probatorio que pretende incorporarse a un nuevo litigio, aún cuando se hubiere originado en un proceso diverso, entre los mismos litigantes, para que, si lo juzga necesario, pueda controvertirlo.” Debe entonces determinarse si en la especie se cumplen con los requisitos mencionados. Con respecto a la participación de los accionados a quienes se pretende oponer la citada prueba, tenemos que el señor Ricardo Jiménez Elizondo ni Jiménez y Chaverri S.A. fueron parte en el proceso penal en el que se produjo la prueba en cuestión, pues ninguno de ellos figuró como demandado civil. Nótese que si bien en un principio el señor Jiménez Elizondo fue demandado civilmente en aquel proceso, posteriormente la demanda en su contra quedó sin efecto, porque, como anteriormente se indicó, el Tribunal de Juicio de Nicoya, declinó pronunciarse

contra Ricardo Jiménez Elizondo, por cuanto en el auto de apertura a juicio no se le tuvo como demandado en lo personal, sino como representante de la sociedad indicada. “Lo anterior- agregó el Tribunal citado- no fue protestado, alegado, enmendado ni corregido antes del debate y no corresponde a este Tribunal subsanar lo anterior por tratarse de una demanda civil accesoria a lo penal.” (Tribunal Segundo Civil, Sección II, No. 73, de 4,20 hrs. del 26 de febrero del 2010)

(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 877-05 de las 10 horas del 17 de noviembre de 2005). En este asunto la prueba trasladada es documental la cual contendría consideraciones diferentes si fuese prueba confesional o testimonial, en razón del principio de inmediatez de la prueba que prevalece en el proceso agrario. Pero con la documental, es suficiente, como lo señala el voto de la Sala referida, sean los mismos litigantes, y existiera en el otro proceso la posibilidad de controvertirla. (Tribunal Agrario, No. 336 de 14,45 hrs. del 30 de mayo del 2008)

Se descarta la posibilidad de que se trate de una prueba trasladada, término con el cual denomina la Doctrina el mecanismo destinado a la verificación de los hechos debatidos, que permite que los medios probatorios oportunamente evacuados en un proceso, puedan ser incorporados en otro litigio, pues para ello se requiere que el proceso en el que se evacuó el medio probatorio, se haya dilucidado entre los mismos litigantes y que éstos hayan tenido la oportunidad de controvertir la prueba, lo cual no ha quedado

demostrado en autos. De tal suerte, que ahora no puede oponerse, como si se tratara de un peritaje, a quien no tuvo posibilidad de increpar al perito en su oportunidad. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 320 hrs. de 10,10 hrs. del 4 de mayo del 2007)

Tocante al error de derecho, el recurrente plantea, sin reconocerlo con claridad, el tema de la prueba trasladada. El traslado de pruebas es un mecanismo destinado a la verificación de los hechos debatidos, que permite que los medios probatorios oportunamente evacuados en un proceso, puedan ser incorporados a otro litigio. Tal figura no fue regulada en el Código Procesal Civil, sin embargo ello no faculta, a priori, para vedarlo como mecanismo al alcance de los litigantes para acreditar los fundamentos fácticos de sus reclamaciones. Debe tomarse en cuenta que el artículo 4 del Código Procesal Civil establece que para los casos no previstos en ese cuerpo normativo, habrá de acudirse a la analogía o, en la antípoda, a la disparidad de razón, para resolver la falta de norma, y en defecto de ellos, habrá de integrarse acudiendo a los principios constitucionales y las máximas del Derecho Procesal. Desde la perspectiva constitucional, a partir del artículo 39 de la Carta Magna, se ha desarrollado el principio del debido proceso, del cual se derivan, como aplicables a la actividad probatoria en el proceso civil, los corolarios de audiencia y contradicción. Por tanto, si en el proceso en el cual se evacuó el medio probatorio se dilucidó entre los mismos litigantes, quienes tuvieron a la mano la posibilidad de controvertirla, no hay obstáculo para su traslado a otro proceso,

en el tanto, nuevamente allí se garanticen ambos derivados del derecho de defensa. En los últimos tres lustros esta Sala se ha referido -en pocos casos y de manera breve- al traslado de prueba. Así, en el fallo N° 108-F-90 de las 14 horas 50 minutos del 23 de diciembre de 1990 señaló: “*En cuanto a esta clase de traslado de prueba la Casación ya se ha pronunciado en los siguientes términos: “... la forma legal de trasladar la prueba de un proceso a otro es por medio de certificación de las piezas correspondientes, más no pidiendo “ad effectum videndi” el juicio o causa en que esa prueba fue practicada” (Casación N° 71 de 15:30 horas del 9 de setiembre de 1983). También se ha resuelto que: “debe observarse, por lo demás, que el primer juicio fue entre las mismas partes de éste, por lo cual las declaraciones de testigos allá rendida (sic) con intervención de ellas, (sic) no necesitaban ratificarse en el presente” (Sent. Casación N° 38 de 15 horas del 16 de mayo de 1973, cons. III)”. Por otro lado, los fallos N° 368-F-00 de las 14 horas 35 minutos del 17 de mayo del 2000, 30-F-01 de las 15 horas 22 minutos del 10 de enero del 2001, se limitan a señalar una breve cita doctrinal que define el instituto. Esto se repite en el fallo 606-F-02 de las 16 horas 10 minutos del 7 de agosto del 2002, el cual, además, destaca: “... Prueba que, al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó (sic) por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere de ratificación y adquiere plena validez. A mayor abundamiento de razones se observa que el Tribunal mediante resolución de las 15:50 horas del 23 de julio de 1999, otorgó a los codemandados el término de tres días para que concretaran sus objeciones a los dictámenes de marras,*

*sin embargo los codemandados se limitaron a reiterar su rechazo sin concretar cargos que menoscaben su validez.”* . Debe recordarse que la ratificación que estiman innecesaria estos precedentes, supone que aquél de quien proviene la probanza (testigo, perito, etcétera), no debe concurrir nuevamente a sostener lo que previamente afirmó en distinta controversia. Sin embargo, ello no exime de poner en conocimiento de la contraparte el medio probatorio que pretende incorporarse a un nuevo litigio, aún cuando se hubiere originado en un proceso diverso, entre los mismos litigantes, para que, si lo juzga necesario, pueda controvertirlo. En este caso, empero, no puede admitirse el traslado del dictamen, pues no consta que el señor Gurdían Astúa figurare como parte en esa controversia –de naturaleza penal- seguida contra el aquí demandado Iñiguez Rubio, de tal suerte que ahora no puede oponerse ese medio probatorio a quien no tuvo posibilidad de increpar al perito oficial en su oportunidad. Luego, no pueden los recurrentes pretender que esa prueba sea valorada para cotejar los hechos probados de esta controversia. **(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 877 de 10,00 hrs. del 17 de noviembre del 2005**

Respecto a la probanza atacada, esta Sala ha señalado: “Se trata de lo que en doctrina se conoce como prueba trasladada, a saber “...aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia autentica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite (Devis Echandia, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, 5° Edición, Editorial Víctor P. De Zavalla, Buenos Aires, 1981, pag. 367)”

(N° 30 de 15 horas 22 minutos del 10 de enero del 2001). Como se expresó, su valor lo otorga el ordinal 370 del Código Procesal Civil y no el 330 citado por quien recurre; de haberse infringido alguna disposición legal, habría sido la primera, de ahí, que siendo indispensable el señalamiento de la norma procesal conculcada, lo cual no se hizo, resulta improcedente el recurso. Respecto al error de hecho, que alega se produce por incurrir el Tribunal en equivocaciones materiales en la apreciación de la certificación de folios 62 al 67 y la violación que acusa de los preceptos 146, 912 del Código de Comercio y las normas 305, 316 del Código Procesal Civil, es menester traer a colación lo expresado reiteradamente por este Tribunal : “ Si el infortunio de los juzgadores radica en una indebida apreciación de los medios probatorios, que por efecto reflejo, ocasiona una inadecuada aplicación del derecho de fondo, la violación es de carácter indirecto. ... debe distinguirse entre error de hecho y error de derecho. El error de hecho supone una inadecuada lectura de los medios probatorios. Ello acontece, por ejemplo, al relatar que un testigo realizó una afirmación que nunca fue depuesta, expresar que el perito brindó determinada cuantificación extraña al expertaje, o contraria a la rendida, refiriéndola como lo dictaminado por el experto. Ergo, el juez extrae un elemento de convicción

totalmente ajeno al medio probatorio del cual se afirma provenir. **(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 551 de 13,45 hrs. Del 4 de agosto del 2005)**

Se trata, pues, de lo que en doctrina se conoce como prueba trasladada, a saber “... aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite” (Devis Echandia, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, 5ª Edición, Editorial Víctor P. De Zavalla, Buenos Aires, 1981, pág. 367). Prueba que, al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere de ratificación y adquiere plena validez **(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 606 de 16,10 hrs. del 7 de agosto del 2002)**

## CONCLUSIÓN:

La prueba trasladada es un instrumento válido siempre y cuando se observen los principios procesales y constitucionales como el contradictorio y la inmediatez; integrantes del debido proceso y que la persona contra quien se pretenda hacer valer haya figurado como parte en el proceso del cual se extrae la prueba.

## BIBLIOGRAFÍA

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “**Compendio de la Prueba Judicial**”, T. I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1984
- HERNÁNDEZ LOZANO Carlos VASQUEZ CAMPOS José, **Código Procesal Civil (comentado y anotado)** , Tomo I, Lima, Ediciones Jur{dicias, 1996,51
- JAUCHEN, Eduardo M.; **Tratado de la prueba en materia penal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002 [2] VIVAS USSHER, Gustavo; Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Córdoba: Alveroni, 1999
- GIMENO SENDRA, Vicente et al.; **Derecho Procesal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992,
- Parra Quijano, Jairo. **Manual de Derecho Probatorio**, 3 ed, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1992
- RAMÍREZ GÓMEZ, José; **La Prueba Documental**. Teoría General. Medellín: Señal Editora, 1997
- SAN MARTÍN CASTRO, César; **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2da Edición, 2003,

## LA PRUEBA ILÍCITA O ESPÚREA EN MATERIA PENAL

*Allan Arbuola Valverde\**

### SUMARIO

1. Antecedentes históricos: La Sentencia Miranda.
2. Definición de prueba ilícita o espúrea.
3. Momento de producción de la ilicitud.
4. Causas de ilicitud.
5. La teoría del fruto del árbol venenoso.
6. La teoría de la fuente independiente.
7. La teoría del descubrimiento inevitable.
8. La teoría de la supresión hipotética.
9. La excepción de la buena fe.
10. La excepción de la atenuación.
11. La regla del Standing.
12. La regla de exclusión probatoria: argumentos a favor o en contra.

---

\* <http://www.allanarbuola.com/>

13. Argumentos a favor de la regla de exclusión probatoria.
14. Argumentos en contra de la regla de exclusión probatoria.
15. Pruebas expresamente prohibidas por la ley.
16. Pruebas irregulares o defectuosas.
17. Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales.
18. Prohibiciones probatorias.
19. Inutilizabilidad de las pruebas ilícitas: como prohibición de admisión y valoración de la prueba.
20. El efecto psicológico de la prueba ilícita.
21. Excepción a la prohibición de valoración: la prueba ilícita a favor del reo. Literatura consultada.

## LA PRUEBA ILÍCITA O ESPÚREA EN MATERIA PENAL

*Allan Arbuola Valverde\**

### **1. Antecedentes históricos: La Sentencia Miranda. *Requerimientos para un interrogatorio bajo custodia***

El 13 de marzo de 1963, Miranda fue arrestado por secuestro y violación. Fue identificado por la víctima. Interrogado durante dos horas por dos oficiales, firmó una confesión que decía que la declaración que rindió fue dada voluntariamente con *“pleno conocimiento de mis derechos legales entendiendo que cualquier declaración que yo haga puede ser usada en mi contra”*. La confesión se admitió como evidencia, sobre las objeciones que hizo su abogado defensor y los oficiales testificaron sobre una confesión verbal anterior. El jurado lo encontró culpable y fue sentenciado de 20 a 30 años.

En su apelación, la Suprema Corte de Arizona sostuvo que los derechos constitucionales de Miranda, no fueron violados al obtenerse su confesión y se confirmó su convicción. Para llegar a ésta decisión, al Corte enfatizó que Miranda no había solicitado específicamente un consejo legal. Miranda entonces apeló a la Suprema Corte de los Estados Unidos y en una decisión de 5 a 4 la convicción fue rechazada. La mayoría de la Corte especifico los requerimientos y procedimientos que deben seguir los interrogatorios de un sospechoso.

La sentencia Miranda lo establece como mandatario. Todos los oficiales de Policía que deseen interrogar a un sospechoso sin la presencia de un consejero legal, cuando dicha persona está bajo custodia policiaca o privado de otro modo de su libertad de acción; en cualquier forma determinada, deberá advertirle:

1. Que tiene el derecho de permanecer callado;
2. Que cualquier cosa que diga, puede usarse y se usará en su contra, en la Corte;
3. Que tiene el derecho de consultara su abogado y que él lo acompañe durante su interrogatorio;
4. Que si él no tiene para pagar un abogado, se le designará uno de oficio para representarlo.
5. Después de la advertencia anteriormente indicada que se han hecho y que se han hecho todas y que el sospechoso las comprenda, él deberá renunciar a estos derechos en forma voluntaria, con pleno conocimiento e inteligentemente antes de hacer ninguna declaración que se admita en su contra.

La decisión indica claramente que en cualquier caso donde la prosecución trata de presentar cualquier declaración ya sea oral o escrita, exculpatoria (excusándose a si mismo del cargo) la prosecución tendrá dificultad en probar que al sospechoso se le advirtió debidamente sus derechos, que él entendió esos derechos y que entonces voluntaria y con conocimiento y entendimiento renunció a los mismos. La renuncia no se debe asumir o inferir. Si el sospechoso renuncia a sus derechos, deberá hacerlo expresa y preferiblemente por escrito. El escrito debe indicar una declaración de que el sospechoso las entendió y que voluntariamente está renunciando a ello. (*Vanderbosh, 1991, 201-202*).

## 2. Definición de prueba ilícita o espúrea

De previo a realizarse un abordaje de la definición de prueba ilícita o espúrea, es importante tener de previo algunas consideraciones en materia de garantías constitucionales.

Para todos los integrantes de una comunidad, resulta de mucha que se respeten sus derechos y garantías constitucionales, ya que tal respeto se fundamenta en un Estado de Derecho; consecuentemente cuando se violentan las garantías constitucionales de una persona, todos los demás miembros de una sociedad corren el riesgo de que sus derechos también sean conculcados; allí juega precisamente el concepto de prueba ilegal, impidiendo que se valoren en el proceso penal pruebas que se obtuvieron de manera ilícita. De ésta forma la prueba ilegal tutela

el respeto de las garantías constitucionales. Paralelamente, cualquier sociedad tiene derecho a la seguridad pública; sin embargo las políticas de seguridad deben respetar en forma irrestricta las garantías que consagra la Constitución Nacional. (*Edwards, 2000, p.21*).

La finalidad de privarle efectos jurídicos a la prueba ilícita en el proceso penal radica en la necesidad del respeto de las garantías constitucionales; es decir que el objetivo perseguido es la transparencia del proceso penal, que no se vea contaminado con la recepción de elementos logrados por medio del quebrantamiento de garantías constitucionales. (*Edwards, 2000, p. 13*).

Veamos algunas definiciones:

Es cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción. (*Jauchen, 2002, p.614*).

Pruebas ilícitas son aquellas que han sido recabadas e incorporadas al proceso penal por medio de una transgresión a una norma constitucional o procesal. (*Echandía, 1994, p. 177*).

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a las formas de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. (*Montón, 1977, p. 174*)

Se definen las pruebas ilícitas como aquellas

que está expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad o libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan. (*Devis Echandía, 1981, p. 539*).

Es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de pruebas ilícitas a las obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales. Sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubieren violados un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba. (*González, 1990, p. 31*).

El concepto de prueba ilegal implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales; el investigador si se vale de un medio ilícito para lograr la prueba, como por ejemplo cuando obtiene la confesión del hecho, por parte del imputado, bajo apremios o tormentos, o cuando se allana un domicilio sin orden judicial. Así la ilegalidad puede derivar de: a) La prueba en si misma está prohibida; b) La prueba está permitida, pero el procedimiento para obtenerla es ilícito.

En el primer supuesto está en presencia de una medio de prueba que directamente se encuentra vedado por el ordenamiento procesal, como por ejemplo la interceptación de comunicaciones entre el imputado y su defensor técnico; en estos casos la ilegalidad

de ésta prueba surge por esta prohibida en la ley procesal penal. En cambio en la segunda hipótesis la prueba está permitida por el ordenamiento procesal; sin embargo el método para obtener ese medio de prueba resulta ilícito. Los códigos procesales autorizan el registro domiciliario cuando existen fundadas sospechas de que en un determinado lugar se encuentra el imputado o cosas relacionadas con el delito que es necesario; es decir que el allanamiento es una prueba autorizada por los digestos procesales; no obstante para practicar un allanamiento las leyes procedimentales exigen el cumplimiento de ciertas formalidades como puede ser una orden judicial para el registro domiciliario, salvo de que se trate de algunos supuestos de urgencia en los cuales se puede prescindir de dicha orden. El allanamiento será ilegal y por ende también el secuestro de los elementos convictivos, cuando se carezcan de la autorización judicial y no se trate de una supuesta excepción. En éste caso la ilegalidad deviene no del medio de prueba en sí mismo, sino del método para obtener esa prueba. Dos criterios respecto al alcance de la prueba ilegal: a) la regla de exclusión; y b) la doctrina del fruto del árbol envenenado. La regla de la exclusión implica que no podrá utilizarse en el proceso penal la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales; la doctrina del fruto del árbol venenoso indica que no sólo se excluirá del proceso penal aquella prueba obtenida directamente de manera ilegal, sino también las pruebas que deriven, aún directamente

de la primera ilegalidad. (Edwards, 2000, págs. 14-16).

### 3. Momento de producción de la ilicitud

Se puede distinguir entre *ilicitud extraprocesal* y una *ilicitud intraprocesal*.

A) *La ilicitud extraprocesal* es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de la fuente de prueba. Afecta por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de la fuente de prueba (por ejemplo, los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso [...]). A estos efectos carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita. (Miranda, 1999, págs 26-27).

B) *La ilicitud intraprocesal* es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (por ejemplo; el empleo en los interrogatorios del inculpado de medios coactivos). (Silva Melero, 1963, págs 67-68).

### 4. Causas de ilicitud

Atendiendo a la causa que origina su ilicitud, se puede distinguir entre prueba expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares y/o ilegales y pruebas obtenidas

con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales). (Miranda, 1999, págs. 29-30).

- *Pruebas expresamente prohibidas por la ley:* Toda prueba ilícita es una prueba prohibida por cuanto al juez o tribunal le está vedada su admisión valoración como prueba.
- *Pruebas irregulares o defectuosas:* Son aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba.
- *Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales:* Son aquellas obtenidas o realizadas con infracción de derechos fundamentales.

### 5. La teoría del fruto del árbol venenoso

Esta doctrina postula el principio que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma constitucional, aun cuando lo sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima como el quebrantamiento que la originó. La exclusión de la prueba abarca no sólo a la prueba en sí, sino la fruto de la misma. Esta tesis se fundamenta en la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma efectiva, si se le da validez al fruto de la violación constitucional. (Pereira et al, 1996, p.7).

La doctrina del árbol venenoso proyecta la invalidez a la prueba derivada del acto ilegal inicial. Implica extender la invalidez probatoria a la prueba derivada de la ilegalidad inicial. Lo único que hace esta garantizadora doctrina es proyectar esa legalidad inicial a toda la prueba restante, ya que se encuentra contaminada con el quebrantamiento de la garantía fundamental. Es decir, que la doctrina del árbol venenoso está tutelando las garantías constitucionales, ya que para que opere esta doctrina se requiere imprescindiblemente el quebrantamiento de alguna garantía. Cuando los jueces advierten la imperiosa necesidad de extender la invalidez de las pruebas derivadas de la ilegalidad inicial, surge el concepto de la doctrina del árbol venenoso.

Esta doctrina puede ser conceptualizada como una modalidad de la prueba ilegal, que consiste en considerar inválida en el proceso penal, aquella prueba que sea derivada de una ilegalidad inicial. (Miranda, 1999, p. 91).

El concepto de la doctrina del árbol venenoso tiene su sustento en la doctrina norteamericana, siendo que el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o tenidos por la misma legalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, sino además toda aquella otra evidencia que son fruto de la ilegalidad originaria. (Carrió, p.90). La moderna tendencia procesal consiste en reconocer procesalmente a la doctrina del fruto del árbol venenoso, a través de

disposiciones expresas. (Miranda, 1999, p. 95). Por otro lado, siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, en los ejemplos, el allanamiento o la confesión coactiva, tal ilegalidad se proyecta en todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o tenidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquella garantía las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, en los ejemplos, los objetos secuestrados en el allanamiento y la confesión misma, sino además todas aquellas otras evidencias que son “fruto” de la ilegalidad originaria. En los ejemplos, los demás testimonios, las pruebas materiales encontradas en poder de los interrogados o en otro lugar, etc. La doctrina anteriormente indicada funcionaría en el siguiente contexto: si el agente de policía ingres ilegalmente en el domicilio de una persona o si interroga a un sospechoso por medio de apremios, los elementos encontrados en el domicilio allanado los dichos vertidos, por quién siendo coercionado, no serán admisibles como prueba en contra de quienes han padecido tales violaciones de sus garantías constitucionales.

### 6. La teoría de la fuente independiente

Como consecuencia del costo social que causó la doctrina del fruto del árbol venenoso, en la sociedad estadounidense, se comienza a introducir por parte de la Suprema Corte, alguna atenuantes a la regla surgiendo, así la excepción de la fuente independiente, que consiste en que si la fiscalía logra demostrar que la evidencia alegada como contaminada



fue producto de una fuente independiente (obtenidas de otros medios distintos a los ilegales) la evidencia será admisible. Así en el caso *EU vrs Crews*, la Suprema Corte declaró que un reconocimiento judicial de un imputado no era fruto del árbol envenenado de su arresto ilegal, sino al momento del arresto, la policía ya tenía suficiente información sobre las identidades tanto del testigo como del imputado y el reconocimiento llenó las formalidades legales. También se podría entender esta excepción, en un caso en que el imputado mediante una confesión policial efectuada mediante engaño, le indique a la policía donde se encuentra el botín, pero a su vez la policía tenga un testigo que también les indique donde están los objetos robados por el acusado, de tal manera que aun cuando la evidencia lograda mediante la declaración policial obtenida mediante engaño es nula, se podría introducir al proceso por existir una fuente independiente, mediante la cual se obtuvo la evidencia. (*Pereira et al, op.cit, p.8*). Se define la *teoría de la fuente independiente* como la existencia de un cauce investigativo diferente que permite obtener pruebas por una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegales.

Se trata de una fuente autónoma, es decir, una vía distinta de adquisición de la prueba, que aquella que se considera ilícita; la autonomía implica la existencia de otras vías de investigación que permiten llegar a la obtención de medios de prueba que acrediten la existencia del hecho delictivo. (*Edwards, op.cit, p.127*).

La fuente independiente hace surgir el interrogante sobre si la prueba autónoma debe existir concretamente o basta con la mera posibilidad de su obtención. Para responder a la anterior interrogante se presentan dos alternativas: por un lado puede considerarse que basta con la simple “*posibilidad*” de lograr esa prueba autónoma a través de una vía diferente a la que se reputa ilegal, por otro, puede interpretarse que debe existir concretamente en la causa la vía independiente que permita obtener la prueba, distinta de la lograda ilegalmente. La segunda posición es la que mejor conduce con la filosofía que inspira en la prueba ilegal y a la existencia de una excepción a la misma; llevaría a un peligroso camino considerar solamente la mera posibilidad de adquirir la prueba independiente; para con ello solo bastaría sólo excepcionar al principio de prueba ilegal; no puede depender de una mera hipótesis, sino que debe existir una constancia explícita en la causa de las diligencias autónomas practicadas por el investigador que conduzcan al mismo resultado. (*Edwards, op.cit, págs.128-129*).

La finalidad que persigue la prueba ilegal indudablemente radica en suprimir aquella prueba que fue obtenida en quebrantamiento de garantías establecidas en la Carta Magna. Sin embargo se plantea el interrogante, de sí el principio de la prueba ilegal con sus modalidades pueden admitir algún tipo de excepción; es decir si a pesar de haberse obtenido una prueba violentando una garantía constitucional, por ejemplo de un

estupefaciente allanando un domicilio sin la pertinente orden judicial, el procedimiento igualmente puede ser válido, si puede ser acreditado la materialidad de ese delito a través de otras pruebas independientes de ese procedimiento ilegítimo. Fuente independiente de adquisición del material probatorio que viene a operar con una excepción al principio de prueba ilegal; efectivamente debe contemplarse la existencia de un cauce de investigación distinto que permita obtener pruebas independientes de aquellas obtenidas ilegalmente a través de la violación de una garantía constitucional. Esta fuente independiente se convierte en una verdadera excepción a la prueba ilegal, ya que en virtud de ella debe declararse inválida la prueba lograda ilícitamente, no obstante puede existir un cauce investigativo diferente que aporte otras pruebas que igualmente acrediten el delito. (*Edwards, op.cit, págs.125-126*).

Se considera la fuente independiente a la regla de la exclusión en caso de existir un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo de resultados, de lo cual puede afirmarse que existirá la posibilidad de adquisición de la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma. Advirtiéndose que ésta excepción no requiere la efectiva adquisición por un medio independiente, sino tan sólo la posibilidad de que hubiese ocurrido en el caso concreto. Si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo de manera poder afirmarse que existía la posibilidad de

adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida. (*Carrió, 1997, págs. 174-176*).

### **7. La teoría del descubrimiento inevitable**

Consiste en que si se demuestra que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto en forma casi inevitable de acuerdo con las investigaciones que ya se estaban llevando a cabo por parte de la policía, la evidencia es válida.

La Suprema Corte de los Estados Unidos admitió esta excepción en el caso *Nix vs Williams*. En esta caso la condena de Williams por homicidio, se basó en la evidencia recogida del cadáver de una mujer, localizado luego de que el imputado aparentemente influenciado por un detective, quién le prometió que no sería interrogado por ningún abogado; le indicó, dónde estaba el cuerpo. La Corte Suprema anuló el fallo la primera vez por considerar que se violaba la Cuarta Enmienda, al extraer el detective la información sin contar el acusado con un defensor. La Corte hizo notar que la evidencia sobre el lugar donde se encontraba el cuerpo y su condición, hubiera sido admisible, si el cuerpo se hubiera podido localizar de todos modos, aun cuando no se hubieran extraído las declaraciones de Williams. Posteriormente Williams es nuevamente condenado al demostrarse que al momento en que daba sus declaraciones, ya una cuadrilla de la policía buscaba el cuerpo a sólo dos millas media

del lugar dónde se encontró y procederían a revisar esa zona en las próximas horas, de tal manera que el cuerpo sería localizado de todas maneras y en las mismas condiciones. Admitió la Corte Suprema por votación de 7 a 2, que incluso no se requería la prueba de la buena fe de los policías en sus actuaciones, ya que el policía nunca estará en posición de calcular si la evidencia buscada será inevitablemente descubierta. (*Pereira et al, op.cit, págs.9-10*).

### 8. La teoría de la supresión hipotética

Utilizando este instrumento de valoración de la prueba se puede en cada caso, brindar una solución a la exclusión o no del material probatorio, obtenido aparentemente con vulneración de garantías constitucionales. Para que la nulidad del acto ilícito prospere debe existir una dependencia jurídico-procesal y ésta existe cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia, existe una mera dependencia cronológica o circunstancial, o a pesar de que existe una derivación causal fáctica. La solución pretende atemperar la doctrina de los frutos del árbol envenenado, por lo menos pretende evitar algunos casos límite que se han conocido en los Estados Unidos. (*Armijo, 1997, p.154*).

### 9. La excepción de la buena fe

Consiste en que cuando en un registro o secuestro ilegal se comete sin que la policía sepa que se está violando la cuarta enmienda, la regla de la exclusión no tendrá ningún efecto descorazonamiento y por lo

tanto; tomando en cuenta el enorme costo asociado como la exclusión, no debe operar la regla para excluir la evidencia en juicio. Dicha atenuante de la regla de exclusión parte del principio de que la finalidad de la regla resulta inútil en estos casos, por cuanto la exclusión de la evidencia no hará que el policía en el futuro varíe su conducta, ya que actuó creyendo que cumplía con su deber.

Es precisamente en el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de Michigan contra De Fillipo de 1978, en el cual se reconoce esta atenuante. De Fillipo fue arrestado luego de incumplir la ordenanza “*deténgase e identifíquese*” conforme a la cual un oficial de Policía podrá detener a interrogar a un sujeto si existió causa razonable para creer que el comportamiento del sujeto justificaba una mayor investigación de una posible actividad criminal. De Fillipo se encontraba drogado y al negarse a identificarse fue detenido y al ser requisado se encontraron drogas en su poder, por lo que fue acusado de posesión de estupefacientes. Ante una apelación de un acusado, la Corte de Apelaciones de Michigan declaró inconstitucional la ordenanza “*Deténgase e identifíquese*” e invalidó el arresto y secuestro de la droga, pues habían sido obtenidos por la aplicación de la ordenanza. Al ser replanteado el asunto ante la Suprema Corte, ésta consideró que no había razón para que los oficiales debieran saber que la ordenanza iba a ser declarada inconstitucional. Al no existir ningún precedente anterior, la ordenanza se presumía válida y los oficiales actuaron de buena fe. (*Pereira et al, op.cit, págs.3-4*).

### 10. La excepción de la atenuación

Constituye una de las excepciones de la tesis o teoría del fruto del árbol envenenado. La misma establece que la evidencia fruto de la información ilegal, también puede ser desenvenenada si el Gobierno puede demostrar que la conexión entre la prueba ilícita y la evidencia de la fiscalía se ha vuelto tan atenuada que se la ha disipado la contaminación. En otras palabras entre más débil, sea la relación entre la conducta ilegal inicial y el subsiguiente descubrimiento legal de evidencia como resultado de la conducta inicial, hay menos probabilidades de que la doctrina de los frutos del árbol envenenado sea invocada. Esta excepción ha sido aplicada en algunos casos por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin embargo no tiene en realidad principios generales bien definidos, por lo que ha sido muy casuística su aplicación. Uno de los casos resueltos por la jurisprudencia norteamericana mediante ésta excepción, es el caso *Rawhings vrs Kentucky*, en el cual luego del arresto ilegal del acusado, se consideró admisible su confesión, por cuanto se le habrían hecho las advertencias Miranda justo antes de la confesión, el imputado estaba en su casa, en un ambiente familiar con varios acompañantes presentes, cuando hizo la declaración. La declaración fue espontánea y sin preguntas directas, por lo que la Corte consideró que su declaración no obstante ser producto de un arresto ilegal, era válida por haberse atenuado la contaminación. (*Pereira et al, op.cit, págs.8-9*).

### 11. La regla del Standing

La regla del “*Standing*” o legitimación procesal para poder atacar la prueba ilícitamente obtenida, es otra de las atenuantes sufridas por la regla de la exclusión especialmente en la jurisprudencia estadounidense. El Standing se hace depender, en principio de la coincidencia entre el sujeto imputado e interesado en la admisibilidad de la prueba ilícita y el sujeto titular del derecho constitucionalmente vulnerado.

De manera que la prueba ilícita podrá ser producida válidamente contra el imputado, si el acto de ilícita obtención tuvo incidencia sobre los derechos constitucionales garantizados a un tercero. (*Pereira et al, op.cit, p.4*).

### 12. La regla de exclusión probatoria: argumentos a favor o en contra

Se define la regla de exclusión como aquella que impide utilizar en el proceso penal toda prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; si se efectúa un allanamiento sin la respectiva orden judicial y se procede al secuestro de un objeto, la aplicación de la regla de la exclusión probatoria implicará que se ha violado la garantía que consagra nuestra Constitución Nacional sobre la inviolabilidad domiciliaria y que el secuestro practicado deviene inválido.

La ilicitud de los medios significa que en la investigación de un delito no pueda emplearse “*vías ilegítimas*” para obtener una prueba, como resultaría practicar un allanamiento

sin orden judicial o lograr una confesión bajo apremios. La afectación de una garantía constitucional implica que con medios ilícitos se vulnera una garantía consagrada en la Constitución, como la inviolabilidad del domicilio, no una mera disposición procesal. (*Edwards, op.cit, págs.45-46*).

La regla de exclusión define también como aquella que consiste en prohibir el uso de la evidencia o testimonios obtenidos por oficiales del Gobierno a través de medios violatorios de la Cuarta, Quinta y Sexta Enmienda. La Cuarta Enmienda garantiza el derecho de los ciudadanos a tener seguridad sobre sus cuerpos, casas, papeles y efectos en contra de registros y secuestros irrazonables. Asimismo exige que las órdenes de registro reúnan ciertos requisitos para ser considerados válidas y finalmente se refiere al secuestro de personas, que generalmente llevan a su arresto. Existen dos razones para la existencia de ésta regla; que los oficiales de Gobierno, y especialmente la Policía, sean disuadidos de utilizar medios ilegales para obtener evidencias al no poder utilizarse la misma para fundamentar una condenatoria y, en segundo lugar; que los jueces no sean parte o legitimen la ilegalidad cometida por otra rama del Gobierno. Dicha regla ha alcanzado gran desarrollo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Sin embargo las consecuencias de su aplicación, que siempre son alarmantes para la comunidad dado que su efecto principal consiste en que un hecho punible en las que existe evidencia para fundamentar la culpabilidad del imputado, deban quedar impunes al excluirse esa evidencia por vicios constitucionales en su recolección; hizo que la Corte introdujera algunas atenuantes en su aplicación. (*Pereira et al, op.cit, p.3*).

Entre los argumentos a favor se tienen los siguientes:

- A. Tutela las garantías constitucionales.
- B. Prohíbe el empleo de medios ilícitos.
- C. Presenta un efecto disuasivo.
- D. Resulta insuficiente para sancionar el abuso.
- E. Es preferible la impunidad. (*Edwards, op.cit, p.51*).

Por otro lado, entre los argumentos en contra se señalan los siguientes:

- A. Que un delito no puede justificar otro.
- B. El alto costo social que presenta ésta regla social.

### 13. Argumentos a favor de la regla de exclusión probatoria

A continuación se expondrán las reglas a favor de la exclusión probatoria:

#### 1) Tutela de las garantías constitucionales

Por definición la regla de exclusión significa la inaprovechabilidad de la prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; es decir que la prueba ilegal tutela en definitiva a todas las garantías que consagra la Constitución Nacional.

Por ende, el primer argumento que justifica la conveniencia de la aplicación de la regla de exclusión radica precisamente en proteger las garantías vulneradas. De nada sirve la consagración de las garantías tanto en nuestra Carta Magna como en tratados internacionales sobre Derechos Humanos que gozan de garantías constitucionales, si luego podrían hacerse valer en el proceso penal los elementos de prueba logrados a partir del quebrantamiento de algunas garantías. (*Edwards, op.cit, p.52*).

En ese sentido se afirma que los defensores de la regla de exclusión de prueba obtenida en transgresión a garantías constitucionales sostienen naturalmente, que esa exclusión es un imperativo constitucional. Argumentan que es un régimen donde se consagran derechos fundamentales de los ciudadanos ante una violación de tales derechos la

respuesta no puede limitarse a sancionar al oficial de policía responsable de esa violación. Limitar la respuesta estatal a eso y al mismo tiempo aprovechar la prueba ilegítimamente obtenida implicaría algo así como “vaciar de contenido” a la garantía de que se trate. (*Carrió, 1989, p.4*).

#### 2) Prohibición de emplear medios ilícitos

Toda la tarea investigativa tendiente a recopilar los elementos de prueba debe efectuarse de manera transparente, es decir, respetando las garantías que la Constitución Nacional consagra a favor del imputado; esa labor de compilar la prueba los investigadores no pueden valerse de ningún medio ilícito que implique violentar una garantía constitucional y, paralelamente, contaminar al proceso penal, con una prueba obtenida ilegalmente; la ilicitud del medio empleado radicará precisamente en no haberse cumplimentado lo que determina la garantía constitucional; así en un allanamiento sin contar con la correspondiente orden judicial. En este sentido, la regla de exclusión vendría a jugar como una especie de estímulo para desalentar el empleo de medios ilícitos durante la investigación de un delito, ya que la prueba lograda esas circunstancias carece de todo valor jurídico. Desde otra perspectiva, la no aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal implica un verdadero comportamiento por parte del Estado, por un lado, descartar que el fin (en nuestro caso determinar la existencia de un delito y su autor) puede justificar la aplicación

de cualquier medio, aún los ilícitos por otro, que el Estado, en la persecución penal de ninguna manera pueda beneficiarse de una ilicitud. (*Edwards, op.cit, p.56*).

### **3) Efecto disuasorio**

Consiste en evitar las prácticas abusivas por parte de los investigadores en la tarea de recopilar la prueba. Tiene un objetivo trascendente: desalentar los abusos funcionales en la investigación de delitos.

El mecanismo disuasorio operaría de la siguiente manera: si el investigador sabe que si obtiene una prueba violando una garantía constitucional, la misma no podría ser aprovechada en el proceso penal para el futuro, tanto él como sus colegas observarán la ley en su labor de recopilar la prueba respetando las garantías constitucionales, a fin de que su tarea tenga valor en el procedimiento penal. Si la consecuencia de la prueba ilegal es excluir del proceso aquella prueba obtenida en violación de una garantía constitucional no tiene lógica continuar logrando pruebas de manera ilícita, ya que las mismas no tendrían eficacia jurídica alguna. Es la función docente que cumple la regla de exclusión para con los operadores del sistema penal tanto investigadores como fiscales y también jueces que deben procurar la transparencia del proceso penal.

El efecto disuasorio también pretende lograr una ejemplaridad en las conductas, concientizar a los investigadores sobre la innecesariedad de obtener pruebas de

manera ilegal, al carecer de valor probatorio. (*Edwards, op.cit, págs.59-60*).

Una efectiva forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de prueba, está representado por la valoración procesal negativa, ya que el saber que la prueba obtenida mediante un acto ilegítimo no podrá ser usada para probar la culpabilidad del indagado, hace perder al sujeto ejecutor todo incentivo en separarse de la disciplina dictada por la ley para su actividad. (*Minville, p. 40*).

### **4) Insuficiencia de sancionar el abuso**

Una de las alternativas que ofrece el tema de la ilegalidad probatoria consiste en que en el supuesto de obtener una prueba violentando una garantía constitucional, la solución radicaría en sancionar al investigador que cometa el abuso pero manteniendo la validez de los elementos de prueba logrado en esas circunstancias. Es decir que la cuestión se limitaría únicamente a sancionar al funcionario que violó la garantía constitucional, pero la prueba lograda será plenamente aprovechable en el proceso penal; así por ejemplo, si se practica un allanamiento sin orden judicial, y si se secuestra algún objeto, se deberá sancionar al investigador por el delito de violación de domicilio, pero el secuestro efectuado tendrá validez probatoria, Surge entonces el interrogante de si dicha sanción es suficiente a fin de darle respuesta a la problemática de la regla de exclusión. Resultaría por ende

insuficiente con sancionar solamente el abuso y aprovechar la prueba obtenida si nos limitáramos solamente a ello, las garantías constitucionales no tendrían verdadera tutela, que es otro de los argumentos que legitima la regla de exclusión. Si únicamente sancionara la violación de domicilio, que operatividad concreta y práctica tendría la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio; para que ésta garantía no se convierta en una entelequia, no sólo se debe castigar la violación domiciliaria, sino también prescindir de la prueba obtenida en esas ilícitas condiciones. (*Edwards, op.cit, págs.61-62*).

### **4) Es preferible la impunidad**

La inaprovechabilidad de la prueba obtenida de manera ilegal implica una consecuencia lógica; que esa prueba no servirá para acreditar ni la existencia del hecho delictivo ni la eventual responsabilidad penal del imputado; es decir que ese delito no podrá ser sancionado penalmente. Entre las dos alternativas, es decir aprovechar la prueba y castigar el delito o privarla de efecto jurídico y consagrar la impunidad de ese hecho, la regla de la exclusión opta por la segunda. Obviamente el fundamento de esa elección por la impunidad radica en que se quebrantó una garantía constitucional; teniendo en consideración la importancia que tiene nuestro sistema penal el respeto por las garantías que consagra nuestra Carta magna, es que se debe recurrir a esta extrema solución: la impunidad del delito. Esta preferencia por la

impunidad es otro argumento que justifica plenamente la aplicación de la regla de exclusión. Dicha preferencia está subyacente en todos los fallos que receptan a la regla de exclusión; efectivamente cada vez que los tribunales invalidan una prueba obtenida de forma ilegal y absuelven al imputado están optando a favor de la impunidad del delito. En realidad la preferencia por la impunidad del delito es la “sanción” que el ordenamiento jurídico impone cuando se obtiene una prueba violando una garantía constitucional; la impunidad del delito es el “costo” por la obtención ilegal de las pruebas en el proceso penal. (*Edwards, op.cit, págs.64-66*).

### **14. Argumentos en contra de la regla de exclusión probatoria**

Se tienen como argumentos en contra de la regla de exclusión probatoria, los siguientes:

#### **1) Un delito no justifica otro delito**

La dinámica de la regla de exclusión implica necesariamente, la violación de una garantía constitucional; a su vez esta violación configura un delito por parte del investigador que la quebranta, tipificando algunos de los delitos del Código Penal; así si se violentó la garantía de inviolabilidad de domicilio subsumiría en la figura penal de la violación de domicilio. Los críticos de la regla de exclusión probatoria utilizan la tipificación de estos delitos para plantear esta ecuación: el delito que surge del abuso funcional no puede justificar el delito que

se está investigando. Es decir que el delito cometido por el investigador no transforma en lícito el delito que se investiga. Lo que la regla de exclusión probatoria nos plantea es simplemente declarar ilegal aquella prueba obtenida en violación a una garantía constitucional. La tenencia de estupefaciente o de un arma de fuego, seguirá siendo un delito, pero la prueba obtenida en esas ilícitas circunstancias no serán aprovechables en el proceso penal. Es decir, que la regla de exclusión no produce ninguna conversión, sino que cada cosa sigue siendo lo que es pero con un agregado; la prueba ilegal no tendrá validez; la consecuencia de esa invalidez, que será la impunidad del delito, no debe confundirse con su licitud, estaremos siempre ante un delito, aunque no podrá ser castigado. (*Edwards, op.cit, p.67*).

## **2) Costo social**

Otro argumento que invocan los detractores de la regla de exclusión radica en el supuesto "alto precio" que debe pagar la sociedad al liberar un delincuente por la aplicación de ésta regla. Es decir, por un mero tecnicismo procesal un peligroso delincuente puede recuperar su libertad; y éste segundo argumento de la crítica de la regla de exclusión también se encuentra profundamente enraizado en la opinión pública, alarman a la comunidad cuando se produce la liberación de algún imputado por la invalidez en la obtención de la prueba, del peligro social que ello significa con una ignorancia total de lo que significa las garantías constitucionales

y de las pruebas obtenidas a partir de su violación. Sin embargo, este argumento es más efectivista que real por dos razones: En primer lugar porque no existen, dos intereses contrapuestos, el interés de la sociedad de castigar un delito y los intereses del imputado a que se respeten sus garantías fundamentales, sino que ambos deben complementarse; además se habla de un alto costo social, ello implica que es más importante castigar el delito que respetar los derechos del imputado y como se señaló estos dos intereses no están en pugna, sino que deben equilibrarse armónicamente. Si se trata de pagar costos, resultaría un precio muy alto el que tendrá que pagar la sociedad si privilegia la obtención ilegal de la prueba sobre las garantías del imputado, ya que ello supondrá concretar el antiético de que el fin justifica cualquier medio. En segundo término tampoco es correcto que el "alto precio" que implica la aplicación de la regla de exclusión, llegará a liberar a peligrosos delincuentes; el dato sociológico nos refiere a delitos graves, sino por el contrario a delitos leves, tenemos en consideración las escalas penales en los delitos previstos en la parte especial; a su vez desde el punto de vista cualitativo, la aplicación de la regla de exclusión se reduce a una escasa cantidad de causas sobre el total de las que se registran. Cuando se está en juego las garantías constitucionales no podemos hablar de costos (ni grandes ni mínimos), sin la necesidad imperiosa de respetar esas garantías. . (*Edwards, op.cit, págs.71-74*).

## **15. Pruebas expresamente prohibidas por la ley**

Toda prueba ilícita es una prueba prohibida, por cuanto el juez o tribunal le está vedado su admisión y valoración como elemento probatorio. La prohibición haría referencia a las consecuencias que derivan de la ilicitud. Las prohibiciones probatorias pueden dimanar de la propia consagración constitucional de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, de tal forma que aún no existiendo una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, quedaría vedada toda actuación o práctica de prueba que violase tales derechos fundamentales. Nos encontramos, en este caso, ante lo que podríamos llamar prohibiciones probatorias implícitas o tácitas, no especificadas expresamente como tales en la ley. (*De Marino, 1983, p. 613*).

Dentro de las prohibiciones probatorias recogidas específicamente en la ley, se suele distinguir entre prohibiciones legales de carácter general y prohibiciones de carácter singular, según las mismas vayan referidas a un medio de prueba con carácter abstracto o general o, por el contrario, tengan un alcance más limitado.

### **Prohibiciones que afectan la materia objeto de investigación o de prueba**

La doctrina suele mencionar como ejemplo típico aquellas materias clasificadas de "secretas" o "reservadas", como sucede en los secretos oficiales.

### **Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba**

Resulta totalmente inadmisibles la utilización de cualquier medio o procedimiento que tienda a limitar la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado o acusado. La prohibición absoluta de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes suponen la ilicitud de todo tipo de conductas o normas que impliquen o permitan una actuación de este corte por cualquier poder del Estado. (*Moreno, 1987, p. 134*).

La prohibición implica a cualquier medio de investigación o medio probatorio, que de algún modo anule, limite o disminuya la libertad y capacidad de autodeterminación de la persona que emite una declaración; aun contando con su autorización. De ahí que se pueda concluir que en el marco del actual proceso penal tanto la hipnosis como el narcoanálisis e incluso el detector de mentiras son métodos de investigación prohibidos. (*Miranda, 1999, p. 36*).

Para realizar los interrogatorios de las personas acusadas de un hecho delictivo no se puede utilizar, ni siquiera con la autorización de la persona interesada, métodos o técnicas susceptibles de influir sobre la libre determinación de la persona o que alteren la capacidad de recordar o de valorar la trascendencia del hecho. (*Martin, p.130*).

En todos los supuestos de prohibiciones legales, la inadmisión e ineficacia de la prueba derivada de la infracción de la propia norma jurídica que establece la prohibición. (Miranda, 1999, p. 39).

### **Prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba**

#### a) La prueba testifical: los testigos-pariente

El testigo pariente no podrá ser obligado a declarar, pero nada impide que pueda hacerlo voluntariamente, en cuyo caso se manifestaciones podrán ser valoradas a efectos probatorios. El fundamento del secreto familiar como una mera facultad o derecho y correlativamente como inexistencia de un deber de declarar, que asiste al testigo y no como una verdadera prohibición de la declaración. Se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del pariente-testigo, pero a su vez actúa como prohibición de la declaración. Se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del pariente testigo, pero a su vez actúa como prohibición de requerir testimonio dirigido al Juez.

Por otro lado en aquellos casos en que el juez requiere al testigo-pariente para que preste declaración sin advertirle de este derecho que le asiste su testimonio no será válida y no podrá ser utilizada como medio de prueba, debiendo reputarse como prueba ilícita.

En conclusión, si la declaración del testigo-pariente tiene lugar, sin que previamente

haya sido informado de la no obligación de declarar, sus manifestaciones no podrán ser utilizadas como elemento probatorio. (Miranda, 1999, págs 40-42).

#### b) Los testigos de referencia

Existe la prohibición de utilización de la prueba testifical de referencias, cuando el testigo directo que está plenamente identificado, se encuentra a disposición del Tribunal juzgador y no concurre ningún obstáculo que le impide prestar declaración durante la sesiones de vista oral. El testimonio de referencias, en estos casos, es una prueba de valoración prohibida.

### **16. Pruebas irregulares o defectuosas**

Podemos definir las pruebas irregulares o defectuosas como aquellas cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquellas cuyo desarrollo no se ajusta a la previsión o al procedimiento previsto en la ley. Desde una concepción amplia de prueba ilícita, la prueba irregular o defectuosa no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de ésta última. En todos aquellos supuestos en que la ley procesal disciplina la forma de practicar una determinada prueba, la infracción de dicha normativa deberá producir, salvo los supuestos excepcionales, la inadmisibilidad e ineficacia del medio de prueba defectuoso practicado. (Miranda, 1999, p.47).

### **17. Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales**

Dentro de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de la persona, se distinguen entre:

a) aquellas pruebas cuya realización es por sí misma ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita. Al referirse a las pruebas que por sí misma menciona no sólo a aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas, pudiendo incluso integrar delito. (Serra, 1991, págs 99-100).

En los supuestos de prohibición implícita o tácita se incluyen todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se han vulnerado de una u otra forma alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en el texto constitucional.

Se les denominan pruebas inconstitucionales como aquellas pruebas adquiridas con vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados por la Constitución. (Allena, 1989, p.9).

Desde una perspectiva distinta, la doctrina viene distinguiendo, según se trate de derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos. Los primeros son aquellos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna (por ejemplo, el derecho a la vida o integridad

física) por lo que cualquier violación de la misma es inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de restricción o limitación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requerimientos exigidos por ley (por ejemplo, el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio. La vulneración de los derechos fundamentales pueden tener lugar no sólo en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, sino también en el momento de su incorporación y producción en el proceso. (Miranda, 1999, págs.48-49).

### **18. Prohibiciones probatorias**

Con las prohibiciones probatorias se pretende no sólo establecer límites referidos a la práctica o producción de pruebas, sino que excluye en el caso de la confesión, el uso de determinados métodos, lesivos de derechos fundamentales.

Por ello la prueba valorada debe ser el resultado de una actividad legalmente admitida o permitida, para que la misma pueda ser válida de conocimiento judicial. La actividad probatoria tiene un claro límite al mantener en un Estado de Derecho, el respeto por la dignidad del ser humano.

Tomando como base la distinción entre fuentes y medios de prueba, las prohibiciones probatorias se agrupan en dos grandes apartados a saber: a) aquellas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos, búsqueda y obtención de la fuente de prueba y b) las que resultan de restricciones

relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso, admisión y práctica de medios de prueba. (*Pastor, 1986, p.339*).

Veamos a continuación las diversas prohibiciones probatorias.

### **1. Prohibiciones de obtención de prueba.**

La tutela de las garantías constitucionales aseguradas exige que todo dato o elemento probatorio que sea el resultado de una violación de éstas, debe ser considerado ilícito. Y por ende, carece de todo valor para crear en la conciencia del juzgador un conocimiento cierto acerca de los hechos imputados. Basta que exista una norma constitucional violada o la norma procesal que la instrumentaliza, para que la prueba ilícita deba ser considerada prohibida y por ende inadmisibile.

- Determinados hechos no pueden ser objeto de prueba.

En los sistemas procesales penales se acepta que todo se puede probar y por cualquier medio. Sin embargo, el principio no es absoluto porque existen distintos tipos de limitaciones: como las normas relativas a los secretos políticos o de seguridad, concernientes a los medios de defensa o de relaciones exteriores de la Nación. En estos casos, el ordenamiento jurídico elimina de la argumentación judicial los posibles efectos que pudieran producir. Por ello los rodea

de una protección especial que impide que puedan ser considerados para demostrar un hecho particular. (*Armijo, 1997, p. 133*).

- Ciertos métodos de investigación no son admisibles para la práctica de la prueba.

Se consideran ilícitas toda aquella forma de coacción directa, sea física o psíquica sobre las personas que pueden ser utilizadas para forzarlos a proporcionar elementos probatorios.

Estarían prohibidos algunos adelantos técnicos que permitan sortear los efectos de la voluntad del hombre con el fin de extraerle una vez eludida o anulada ésta, declaraciones o confesiones que él resistiría dar si conservara el pleno imperio de sus facultades. Entre estos instrumentos tenemos: el polígrafo o detector de mentiras, la hipnosis, ciertas pruebas o test sicotécnicos. (*Serra, 1984, p.570*).

El imputado no puede ser obligado a producir pruebas en contra de su voluntad por expresa disposición constitucional y legal. La prueba obtenida con violación a estos mandatos expresos es ilícita y no se podrá fundamentar legalmente una sentencia condenatoria, porque sería legalmente inmotivada. (*Armijo, 1997, págs. 134-135*).

- Determinados medios de prueba no pueden ser utilizados

La normativa procesal penal establece determinados supuestos en los que los

medios de prueba están prohibidos o no se pueden utilizar bajo concretos supuestos. La excepción se establece en virtud de que algunos intereses tutelados se consideran más importantes que la búsqueda y descubrimiento de la verdad en el proceso. Dichos intereses determinan en ciertos casos, la prevalencia de éstos sobre aquélla, lo cual deriva en la creación de obstáculos probatorios. (*Armijo, 1997, p.136*).

- Prohibiciones relativas de prueba

En determinados casos, la ley procesal establece una forma una forma que debe ser observada para practicar una prueba. Por ejemplo; es necesario la autorización judicial previa para la entrada y registro del domicilio, interceptación de comunicaciones, etcétera. En otros supuestos, el ingreso del dato probatorio o del proceso deberá realizarse respetando ese modo previsto en la ley o que analógicamente sea más aceptable, en el caso de que el medio de prueba utilizado no estuvieren expresamente regulado. Cuando la ley impusiera alguna formalidad especial para su producción relacionado con el derecho de defensa de las partes, la observancia de ella será condición sine qua non para que la prueba que se obtenga pueda ser regularmente incorporada. (*Armijo, 1997, p.141*).

### **2. Prohibiciones de valoración de prueba**

#### **A. Doctrina Tradicional**

En primer lugar, hay una posición tradicionalista, según la cual deben admitirse

y valorarse las pruebas ilícitas por considerar superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva; implica sacrificar los intereses del imputado en el caso concreto. (*Armijo, 1997, p.142*).

#### **B. Doctrina del fruto del árbol envenenado**

Se excluye no sólo la prueba ilícita, sino sus frutos.

#### **C. Doctrina intermedia**

Una posición intermedia a los dos tesis anteriores (que admiten o niegan la regla de la exclusión de la prueba indirectamente viciada) la asumen algunos autores al afirmar que no es posible establecer reglas fijas para admitir o realizar la prueba es generalmente ilícita, sino que ello debe establecerse caso por caso, tomando en consideración muy diversos factores que deben analizarse en concreto para poder llegar a esa conclusión. (*Armijo, 1997, p.143*).

### **19. Inutilizabilidad de las pruebas ilícitas: como prohibición de admisión y valoración de la prueba.**

La inutilizabilidad de las pruebas ilícitas como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba ilícita despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión de la prueba y en el momento de la valoración o apreciación judicial.

Es preferible quizás hablar de “Inutilizabilidad” de la prueba ilícita, es decir de la prohibición de valoración de la misma, cuya consecuencia es la privación de eficacia probatoria, que de nulidad.

#### **La inutilizabilidad como prohibición de admisión de prueba**

Cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta. (*Silva op.cit, p.70*).

La ilicitud debe motivar, por tanto, no sólo la inapreciabilidad de la prueba por el órgano judicial sentenciador, sino por su inadmisibilidad procesal. (*Armijo, op.cit, p. 93*).

La mejor forma de conseguir que las pruebas ilícitas no surtan efectos es impidiendo que entren en la causa y que han sido incorporadas a la misma, forzando que salgan de ella, es decir, procediendo a su exclusión material.

En el trámite procesal de admisión el Juez deberá rechazar incluso de oficio, la prueba obtenida ilícitamente. Se estima que éste es el momento oportuno para examinar las circunstancias en las que se obtuvo la fuente de prueba que trata de incorporarse al proceso, no pudiendo contentarse con que la prueba sea relevante, pertinente y útil para el caso en cuestión. La ilicitud de la prueba debe actuar como causa de inadmisión procesal. (*Armijo, op.cit, p. 94*).

#### **La inutilizabilidad como prohibición de valoración de la prueba**

La prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiera producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El juez o tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas en forma ilícita. Los resultados probatorios devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente. La prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida. (*Gimeno, 1988, p. 132-133*).

Para el caso en que el juzgador hubiera infringido esta prohibición formando su convicción sobre la base de una prueba obtenida ilícitamente, la sentencia de condena que se dicte se podrá combatir mediante los recursos legalmente establecidos. (*Armijo, op.cit, p. 100*).

#### **20. El efecto psicológico de la prueba ilícita**

Implica la eventual incidencia que en la conciencia del juzgador puede llegar a tener los elementos probatorios ilícitamente obtenidos. (*Picó, 1996, p. 346*).

La simple declaración judicial de ineficacia de la prueba ilícita puede resultar insatisfactoria, pues resulta bastante difícil que el juez que ha presenciado la práctica de una prueba ilícita o que ha entrado en contacto con la misma pueda sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del material probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción. (*Silva, op.cit, p.70*). La declaración de ineficacia de la prueba ilícita resulta insuficiente para evitar la incidencia en el subconsciente del juzgador o para eliminar toda influencia de la prueba ilícita en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso. Una vez que el órgano judicial ha tomado contacto con la prueba ilícita resulta muy difícil prescindir consciente o inconscientemente de su resultado.

#### **21. Excepción a la prohibición de valoración: la prueba ilícita a favor del reo**

La regla general de prohibición de valoración de la prueba ilícita debería tener, quizás, como

única excepción aquellos supuestos en que los resultados obtenidos con la misma fuesen favorables para el imputado o acusado.

No se trata de reconocer con plena eficacia a la prueba de descargo que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigía inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpaado.

De todas formas la inadmisibilidad de la prueba ilícita a favor del imputado, como excepción a la prohibición general de valoración, no justifica la utilización de determinados métodos prohibidos de investigación. No estamos refiriendo al narcoanálisis, hipnosis o detector de mentiras, son inadmisibles, aun en los casos de sometimiento voluntario o consentido del acusado.



## BIBLIOGRAFÍA

- Allena, G (1989) **Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel proceso penale.** Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, fas.9.
- Armijo, G (1997) **Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal.** 1 era edición, San José; Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Carrió, A. **Las reglas de exclusión relativa a la prueba.** J.A Boletín No. 5651, 20/12/89.
- Carrió, A (1997) **Garantías constitucionales en el proceso penal.** 3era edición actualizada y ampliada. 1 era reimpresión. Editorial Hammurabi.
- Carrió, A. **Justicia criminal.** Lerner Editores Asociados, Argentina.
- Cortés, R et al (1996) **La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal.** 1 era edición. San José, Litografía e Imprenta LiL, Escuela Judicial.
- De Marino, R (1983) **Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba.** Primeras jornadas de Derecho Judicial. Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, España.
- Echandía, H (1981) **Teoría general de las pruebas.** Tomo I. 5ª edición. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina.
- Echandía, H (1994) **Pruebas judiciales.** Compendio de Derecho Procesal. Tomo II, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín Colombia.
- Edwards, C (2000) **La prueba ilegal en el proceso penal.** Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina.
- Gimeno, V (1988) **El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida.** En Constitución y Proceso. Edit. Tecnos, Madrid, España.

- González J.L (1990) **La prueba obtenida ilícitamente obtenida con violación de los derechos fundamentales.** núm 1.
- Jauchen, E (2002) **Tratado de la prueba en materia penal.** Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.
- Martín Pallín, J.A **Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal.** Poder Judicial, núm. Especial IV.
- Minville, B **La prueba ilícita en el derecho procesal penal.** Marcos Lerner, Córdoba, Argentina.
- Montón Redondo, A (1977) **Los medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso.** Salamanca, España.
- Moreno, V (1987) **Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal.** Poder Judicial, número especial II.
- Pastor Borgoñon, B (1986) **Eficacia en el proceso de la prueba ilícitamente obtenida.** Justicia, núm. II.
- Picó, J (1996) **El derecho a la prueba en el proceso civil.** J.M. Bosh Editor, Barcelona, España.
- Serra Domínguez, M (1984) **El derecho a la prueba en el proceso civil español.** En el libro homenaje a Jaime Guasp. Colmenares: Comares.
- Serra Domínguez, M (1991) **Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.** Tomo XVI, Vol, 2º dirigido por Manuel Albaladejo, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- Silva Melero, V (1963) **La prueba procesal.** Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- Vandersbosh, CH (1991) **Investigación de delitos.** Sexta reimpresión. Editorial Limusa, México.



Poder Judicial  
Departamento de Artes Gráficas, -B. 37621-