

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 108

Junio 2013

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

SUMARIO

Presentación	
Dr. Víctor Pérez Vargas	5
Consentimiento electrónico y la regla de interpretatio contra stipulatorem	
Dr. Ignacio Monge Dobles	11
Equilibrio entre la privacidad del trabajador y poderes empresariales	
Dra. Ma. del Rocío Carro Hernández. Lic. Gabriel Espinoza C.	23
Influencia de la unión europea e instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la justicia restaurativa y la mediación penal	
Prof. Dra. H.C. Silvia Barona Vilar	47
El papel del ombudsman bancario en los conflictos bancarios en españa(*)	
Prof. Ana Isabel Blanco García	71
Capital social: ¿quo vadis?	
Mauricio París Cruz.....	87
Una propuesta para el control administrativo dentro de las casas de habitación con ocasión del trabajo doméstico (adolescente).	
M.Sc. Eric Briones Briones	105
Los principios de objetivación de la tutela ambiental e irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso	
M.Sc. Mario Peña Chacón	125
Tratos crueles, inhumanos y degradantes (jurisprudencia constitucional)	
Prof. Alonso Salazar	145
La echazón (avería gruesa)	
Licda. Shirley Durán Alpizar	161
Importancia de la protección de datos personales, aplicabilidad real de la normativa costarricense y el modelo de la regulación española	
Lic. Juan Diego Elizondo Vargas.....	191
Los incoterms 2010 y su aplicación en el comercio internacional	
Licda. Paula María Chavarría Chavez	201

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta ocasión presentamos trabajos sobre contratación electrónica, Derecho del Trabajo, Derecho Comunitario, Derecho Bancario, Derecho Ambiental, Derecho Penal, Derecho Marítimo, Valores de la Personalidad y Derecho Comercial, societario y transnacional (*LEX MERCATORIA*).

CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO Y LA REGLA DE *INTERPRETATIO CONTRA STIPULATOREM* se titula el aporte del **Dr. Ignacio Monge Dobles**, abogado, Notario Público y profesor universitario de diversos cursos de postgrado y Maestría en Derecho Comercial, quien ha sido conferencista invitado en seminarios nacionales e internacionales en Costa Rica, Panamá, España, Ecuador, Bolivia, México, Perú y Argentina. Sabemos que la globalización y el avance de la tecnología han permitido la expresión de voluntad contractual por medios electrónicos. Para el autor, “la variación del medio para verter el consentimiento por vía electrónica plantea algunos interrogantes, como el del valor que se pueda otorgar al soporte electrónico y, además, el procedimiento”. La preocupación general radica tanto en la sustancia como en la forma, por cuanto no hay documento escrito y firma manuscrita u ológrafa. Para ello, en su opinión, cada Estado deberá establecer los principios aplicables de la contratación electrónica y garantizar la seguridad jurídica (en los diversos canales de comunicación) a las partes contratantes. Nos habla de la necesidad de un entorno legal que permita resolver adecuadamente los aspectos contractuales (tanto en los contratos negociados como en la contratación en masa) con plena seguridad jurídica y confianza comercial.

La Doctora en Derecho Del Trabajo por la *Università degli Studi di Pisa*, **Ma. Del Rocío Carro Hernández** y el **Lic. Gabriel Espinoza C.** colaboran con EQUILIBRIO ENTRE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR Y PODERES EMPRESARIALES. Los autores se refieren al posible conflicto entre la protección de la intimidad (a la hora de la contratación y en la ejecución, particularmente en cuanto al uso de la computadora y el correo electrónico) y la libertad de empresa, derecho del cual se deriva la potestad patronal de organizar la prestación del trabajo. Para ellos, “la penetración de la tecnología en las relaciones humanas, y específicamente en las laborales diluye la ya por naturaleza delicada línea que separa al Poder de Dirección del empleador y el Derecho a la Intimidad de los empleados”. En su parte final, nos ofrecen pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en el uso de redes sociales.

INFLUENCIA DE LA UNION EUROPEA E INSTANCIAS SUPRANACIONALES EN LA TUTELA PENAL DE LA VÍCTIMA, EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL es el tema tratado por la **Profesora Dra. Silvia Barona Vilar**, Catedrática de la Universidad de Valencia. Nos informa que en la década de los setenta, ya superado el período de la venganza privada y el de la revancha social, en gran medida gracias a los impulsos que desde instancias supranacionales,

se ha efectuado la incorporación de la víctima en el modelo de justicia penal moderno, con lo que denomina “el redescubrimiento de la víctima”. Se refiere a las acciones desarrolladas en el seno de Naciones Unidas –desde las *Reglas de Tokio*-, en el Consejo de Europa y en el marco de la Unión Europea, particularmente a las resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Pasa entonces a dos temas inseparables: la justicia restaurativa (especialmente aceptada en los países del *Common Law*, a finales de la década de los años setenta) y la fuerza expansiva de la resolución alternativa de disputas, precisamente con la mediación penal. En su opinión tal mediación puede permitir alcanzar fines que, hoy por hoy, no ha sido capaz de conseguir el Derecho Penal: la tutela de la víctima, las garantías para el imputado, su posible resocialización, la minimización del Derecho Penal y la credibilidad de la sociedad en la Justicia.

EL PAPEL DEL OMBUDSMAN BANCARIO EN LOS CONFLICTOS BANCARIOS EN ESPAÑA, se titula el trabajo de la **Profesora Ana Isabel Blanco García**, de la Universidad de Valencia, el cual fue realizado en el marco de los Proyectos de Investigación MEC/DER2010-17126 y PROMETEO 2010-095 de la *Generalitat Valenciana*. Inicia su exposición hablándonos de los efectos de la crisis crediticia e hipotecaria, debida a la burbuja inmobiliaria y a la devaluación del dólar, estrechamente vinculada a la declaración de quiebra en septiembre de 2008 del principal banco de inversiones estadounidense, Lehman Brothers, la llamada crisis “*subprime*”, derivada de la concesión de hipotecas de alto riesgo con tipos altos, apareciendo productos financieros complejos que llevaron a que instituciones hipotecarias vendieran activos a bancos de inversión y consolidadores que combinaron éstos con otros más seguros, si bien estos activos estaban contaminados con lo que se ha venido denominando deuda “*subprime*”, vendiéndose de forma masiva en un mercado global. Paralelamente se daba el “boom” inmobiliario. En la búsqueda de soluciones extrajurisdiccionales, y no como fruto de la situación de crisis actual sino como incorporación desde hace ya algún tiempo, merece destacarse la labor que ha venido desempeñando la figura del *Ombudsman* bancario. Nos informa sobre el nacimiento del primer *Ombudsman* bancario en 1986, bajo la iniciativa de 17 bancos británicos y, un año después, el del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Explica que, en el marco de la resolución de conflictos nacidos en el seno de una relación jurídica entre una entidad financiera y sus clientes, hay previstos en España diversos órganos extrajurisdiccionales (Servicio de Atención al Cliente, Defensor del Cliente y SRBE), que cumplen idéntica función, pero entre los que existe una relación de *cuasi-jerarquía*. Se refiere, finalmente, al proceso de reclamación.

El **M.Sc. Mauricio París Cruz**, Máster en Asesoría Jurídica de Empresa de la Universidad Carlos III de Madrid, nos brinda su CAPITAL SOCIAL: ¿QUO VADIS?. El autor nos explica que los ordenamientos comunitarios han seguido el principio europeo-continental del capital social mínimo, y en cuanto a la sociedad anónima regulan el mantenimiento y modificaciones de su capital, el monto mínimo legal de éste y hay múltiples disposiciones que pretenden proteger a acreedores mediante la regulación de la distribución de dividendos, la adquisición de acciones propias, ampliación y reducción de capital, entre otras. Después de definir el capital social como la totalidad de los bienes pertenecientes a una sociedad, o de forma más particular, los bienes con los que se constituye para desenvolver sus actividades y responder en caso de obligaciones, aclara que la acción siempre se emitirá por un valor nominal proporcional con el capital social,

pero tendrá un valor real relacionado más bien con el patrimonio neto de la sociedad. En sus conclusiones, sostiene que el capital social ha cumplido una función principalmente de garantía de acreedores. Esta finalidad de garantía al acreedor que pueda verse afectado por las actuaciones de la sociedad puede considerarse un motivo legítimo de intervención estatal para tutelar a este colectivo, sin embargo nuestra posición a estas alturas es más que crítica sobre la idoneidad del capital social (al menos en su estructuración actual) para adecuarse a la finalidad perseguida por la legislación. Más aún cuando este sistema en teoría tuitivo se yergue como una barrera de entrada a la constitución de sociedades mercantiles destinadas a participar en el mercado. Consideramos que este sistema no cumple su finalidad y por ende carece de justificación.

UNA PROPUESTA PARA EL CONTROL ADMINISTRATIVO DENTRO DE LAS CASAS DE HABITACIÓN CON OCASIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO (ADOLESCENTE) es la nueva contribución del **M.Sc. Eric Briones Briones**, Doctorando en Derecho, Profesor de Licenciatura y Maestría en Derecho Laboral. Nos recuerda que el país con el fin de conjurar las situaciones de injusticia contra los menores que trabajan, mediante ley no. 5594 del año 1974, ratificó el Convenio no. 138. Este Convenio está referido a la edad mínima en el trabajo persigue que los Estados se comprometan a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los mismos. Nos de cuenta, seguidamente de las normas nacionales protectoras de los menores trabajadores y sus cambios. Entre dichos cambios el autor destaca la adición producida por la ley no. 8842 de un numeral 94 bis y la reforma del artículo 97 el Código de la Niñez y la Adolescencia, las cuales en lo que interesan vinieron respectivamente a estipular que el trabajo doméstico del adolescente “Será aquel que realizan las personas mayores de quince años y menores de dieciocho años, en forma habitual o temporal ya sea en residencias particulares o en casas de habitación, en labores de aseo, cocina, que no impliquen lucro o negocio para la persona empleadora o el patrono”; se considera como centro de trabajo “todo lugar de trabajo, inclusive la casa de habitación, cuando se empleen personas menores de edad en el trabajo doméstico”. Si esta disposición se relaciona con los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referidos a la Inspección del Trabajo, tanto en los sectores servicios, comercio y agricultura, adquiere dicha disposición gran relevancia, por cuanto los mismos estipulan que en todo lugar que se considere centro de trabajo, los inspectores de trabajo son competentes para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche; estando así por lógica una casa particular -en donde se desempeñe una actividad de servicio doméstico- sujeta a las disposiciones de control inspectivo. Es que por disposición legal, se viene a estipular de manera expresa –y por primera vez- que en las casas de habitación en que se desarrollen un tipo de labor (en este caso doméstico) se consideraran centros de trabajo, lógicamente sujetos a control administrativo. Se trata entonces de determinar los linderos entre la tutela de los intereses de los menores y la inviolabilidad del domicilio, pues pareciera a simple vista que puede existir una discordancia entre una disposición y otra, por lo que es preciso pasar a ventilar si hay posibilidad de prevalencia o superposición entre una y otras; o por el contrario si se complementan entre sí, con ciertas limitaciones y parámetros tanto de constitucionalidad como de legalidad. En sus conclusiones nos recuerda que los últimos informes de la OIT para los países de Centroamérica, han concluido que la falta precisamente

de integración y coordinación interinstitucional reducen la efectividad pretendida. De allí que sea necesario que la Inspección de Trabajo, coordine las visitas a las casas de habitación (que cuenten con servicio doméstico y máxime cuando haya de por medio adolescentes en la actividad) con las autoridades necesarias, con el fin de hacer prevalecer los derechos laborales, sin violación a la propiedad privada, intimidad, privacidad y cualesquiera otros que puedan afectar indebidamente los valores fundamentales de la personalidad de los patronos.

LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVACIÓN DE LA TUTELA AMBIENTAL E IRREDUCTIBILIDAD DE ESPACIOS SOMETIDOS A RÉGIMEN ESPECIAL DE PROTECCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO es la colaboración del **M.Sc. Mario Peña Chacón**, Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). El autor logra encontrar las zonas de confluencia entre los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de ecosistemas relevantes y no regresión; para ello, primero, procede a desarrollar cada principio por separado, para luego realizar un análisis comparativo de coincidencias y diferencias que permiten determinar las distintas relaciones posibles de interdependencia. Concluye afirmando que “los principios de objetivación y no regresión sobrepasan al derecho ambiental, siendo posible encontrarlos, en el primer caso impregnando el entero ordenamiento jurídico por medio del criterio de razonabilidad, y en el segundo relacionado no sólo a normas jurídicas, sino también a políticas y jurisprudencia, puede hallarse incluso en todos aquellos derechos denominados prestacionales. Por su parte, el principio de irreductibilidad es más restringido que los dos anteriores, encontrándose limitado y supeditado únicamente a espacios naturales y ecosistemas jurídicamente relevantes. La objetivación del principio constitucional de razonabilidad permea al entero ordenamiento jurídico, a lo cual no escapa el derecho ambiental y sus principios rectores de prevención, precaución, contaminador-pagador, reparación in natura, y por supuesto, de irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y prohibición de retroceso”.

El **Profesor Alonso Salazar** de la Universidad de Costa Rica nos ofrece TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (Jurisprudencia Constitucional). El autor se refiere, inicialmente, a la creación de la Sala Constitucional y a sus competencias. Esta Sala ha fortalecido el respeto a la vida humana y el derecho a la integridad psico-física frente a las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes. Aclara que, a pesar de la existencia de una Sala especializada en control constitucional se siguen presentando casos de tratos crueles y degradantes, en el actuar de los cuerpos policiales nacionales y en los centros penitenciarios, violatorios de toda disposición que garantice el derecho a la vida e integridad física de los seres humanos. Analiza, primero, los principios generales de los Derechos Humanos que forman la columna vertebral de la aplicación integral de las disposiciones consagradas tanto en la normativa constitucional nacional, como en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Costa Rica y, luego, la Jurisprudencia de la Sala, relativa al derecho a la vida e integridad física, así como a la prohibición de tratos crueles y degradantes. Su análisis se centra en algunas situaciones que revelan el maltrato y tratos crueles que sufrían por parte de los agentes del centro penitenciario.

De la **Licda. Shirley Durán Alpizar**, Especialista en Derecho Comercial Universidad de Costa Rica, presentamos: LA ECHAZON (avería gruesa). Este antiguo instituto del Derecho Marítimo es desarrollado por la autora, quien inicia con un análisis conceptual de la Avería Gruesa; para luego dar a conocer el fundamento de ésta, cuyo origen resulta por demás interesante, al no estar basado en un contrato entre las partes, sino estar generado en el principio de solidaridad existente entre los participantes de un viaje marítimo. Se estudian los elementos necesarios para que pueda configurarse la Avería Gruesa, tales como: el peligro común, el acto voluntario y razonable del capitán, el sacrificio del acto, la realización en pro del interés, la necesidad de un resultado útil de la medida, el carácter excepcional o extraordinario del acto. También la Licda. Durán Alpizar enfoca el procedimiento para la contribución de la avería en sus fases de declaratoria, liquidación y distribución. Finalmente, analiza los puntos anteriormente desarrollados a la luz de la normativa aplicable, tanto las Reglas York-Amberes como la legislación nacional.

Del **Lic. Juan Diego Elizondo Vargas**, Especialista en Derecho Notarial y Registral y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, publicamos IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, APLICABILIDAD REAL DE LA NORMATIVA COSTARRICENSE Y EL MODELO DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA. El autor sostiene que el caso de España es ejemplar. Este país se encuentra a la vanguardia respecto al tema, al consagrar la protección de datos personales como un derecho fundamental de manera real, donde las personas tienen acceso a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y cuenta con un organismo encargado de la efectiva protección y sanción a las entidades que transgredan la legislación imponiendo multas cuantiosas y suspendiéndolas en casos graves. Estas disposiciones son comparadas con las de nuestra ley, publicada el 5 de setiembre del 2011, que también contiene los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Sin embargo lamenta que Costa Rica se encuentre en pañales en el tratamiento de la materia, pese a existir legislación al respecto, existe mucho desconocimiento en torno al tema. Las instituciones públicas han sido las principales culpables de la desprotección de datos, puesto que éstas se han dedicado a vender información a empresas recopiladores de datos. El proceso de asimilación de la Ley en nuestro país ha sido lento, la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes se conformó 6 meses después de haberse publicado la Ley, y el Reglamento más de un año después.

En LOS INCOTERMS 2010 Y SU APLICACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL, La **Licda. Paula María Chavarría Chavez** nos muestra la utilidad, función y aspectos más relevantes de las reglas que se refieren a los últimos INCOTERMS, publicados en el 2010, por la CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Estos son recopilaciones de términos del comercio internacional con los que se expresan las obligaciones, derechos y demás situaciones jurídicas de compradores y vendedores. Ellos ayudan a eliminar barreras lingüísticas y dan seguridad jurídica a las relaciones comerciales. La Licenciada Chavarría Chavez considera que el desarrollo que han tenido los INCOTERMS a través del tiempo ha permitido agregar o suprimir elementos para ajustarlos a las necesidades mercantiles del momento histórico cuando deben ser aplicados. Aclara que los aspectos a que se refieren los INCOTERMS son esencialmente: distribución de los gastos, transmisión de los riesgos, lugar y forma de entrega, diligencias documentales, pero el contrato de compraventa internacional contempla otras situaciones que, a pesar de ser de gran relevancia para

las transacciones mercantiles, no están contemplados dentro de los INCOTERMS, como lo es, por ejemplo, la determinación del precio de las mercancías. Después de estudiar la clasificación de los términos y analizar cada uno de ellos, la autora concluye explicando que la versión más reciente de estos términos comerciales, presenta cambios relevantes para las negociaciones comerciales a nivel mundial como los son: la reducción del número de términos de trece a once haciéndolos aún más precisos y, a la vez, la modificación de éstos en ciertos aspectos necesarios para lograr una mejor adaptación a las cada vez más dinámicas transacciones comerciales, como la comunicación por medios electrónicos, las acreditaciones relacionadas con la seguridad y lo relativo al contrato de seguro.

CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO Y LA REGLA DE *INTERPRETATIO CONTRA STIPULATOREM*

*Dr. Ignacio Monge Dobles**

Resumen: La seguridad jurídica es lo primordial que se debe proteger con el fin de garantizar la correcta formación contractual para que logre los efectos jurídicos pretendidos por las partes contratantes.

La globalización y el avance de la tecnología han permitido a la humanidad expresar la voluntad por medios electrónicos, y que generan los denominados contratos electrónicos.

La variación del medio para verter el consentimiento por vía electrónica plantea ciertas interrogantes. Primero, el del valor que se pueda otorgar al soporte electrónico, y el segundo, el procedimiento. La preocupación general radica tanto en la sustancia como en la forma, por cuanto no hay documento escrito y firma manuscrita u ológrafa. Para ello, cada Estado deberá establecer los principios aplicables de la contratación electrónica y garantizar la seguridad jurídica a las partes contratantes.

Ahora bien, en un mundo cada vez más interrelacionado e interdependiente entre sí, la seguridad en los diversos canales de comunicación son esenciales para que los

comerciantes logren celebrar con plena validez jurídica sus actos. Lo anterior se convierte en una de las estrategias principales de la competencia en los mercados y en las economías cada día más exigentes. Por ello resulta evidente y necesario un entorno legal que permita resolver adecuadamente los aspectos contractuales con plena seguridad jurídica y confianza comercial.

Ello en los contratos negociados y en la novedosa contratación en masa, lo cual plantea algunas dificultades de interpretación contractual por parte de las empresas y los consumidores.

Palabras clave: Contratos Electrónicos, Contratos de Adhesión, Consentimiento Digital, Interpretación Contra Stipulatorem, Contratos en Masa.

“Consentimiento Digital”: Análisis del Momento de Perfeccionamiento de las Obligaciones Contractuales

No se puede desconocer la preponderancia que ha tenido la tecnología como soporte del documento y por ende como base probatoria en las relaciones jurídicas modernas.

* El Dr. Ignacio Monge Dobles es abogado, Notario Público y profesor universitario de diversos cursos de postgrado y Maestría en Derecho Comercial. Ha sido conferencista invitado en seminarios nacionales e internacionales en Costa Rica, Panamá, España, Ecuador, Bolivia, México, Perú y Argentina. Actualmente es miembro de la prestigiosa firma de abogados Pacheco Coto, la cual cuenta con oficinas en Costa Rica, Suiza, Madrid y Nueva Zelanda.

El Derecho debe crear una estructura segura desde el punto de vista sustancial y probatorio para que los negocios electrónicos surtan verdadera validez y eficacia, encontrando puntos necesarios de convergencia entre tecnología y Derecho.

La seguridad jurídica es lo primordial que se debe proteger con el fin de garantizar la correcta formación contractual para que logre los efectos jurídicos pretendidos por las partes contratantes. Lo anterior entendiendo al contrato como el acuerdo para producir, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones con efectos jurídicos.

En cualquier forma de contrato, como acuerdo de personas, está presente una manifestación de voluntad en que coinciden los intereses de al menos dos sujetos de derecho, de manera que esas partes se relacionan jurídicamente para conciliar sus pretensiones; y dicha voluntad debe haber sido formada libremente, por sujetos capaces, y libre de todo vicio.

Como se indicó, el contrato tiene por objeto la producción de efectos jurídicos, sea de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y dicho objeto ha de ser lícito, equitativo y posible. Si una de las partes utiliza su situación de superioridad económica o jurídica para obtener resultados favorables hacia él y nocivos a la otra parte, el sistema jurídico remedia la falta de equidad con la teoría del abuso del derecho.

En ese sentido, los jueces pueden tomar medidas para que cese el abuso y descartar la aplicación de cláusulas contractuales abusivas por ser contrarias a Derecho, en presencia de un interés que cualquiera podría llamar en su defensa.

La globalización y el avance de la tecnología han permitido a la humanidad expresar la voluntad por medios electrónicos, y que generen los denominados contratos electrónicos.

La variación del medio para verter el consentimiento por vía electrónica plantea básicamente dos problemas. El primero, el del valor que se pueda otorgar al soporte electrónico, y el segundo, el procedimiento. La preocupación general radica tanto en la sustancia como en la forma, por cuanto no hay documento escrito y firma manuscrita u ológrafa. Para ello, cada Estado deberá establecer los principios aplicables de la contratación electrónica y garantizar la seguridad jurídica a las partes contratantes.

Por contrato electrónico o contratación electrónica se debe entender aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, directa o indirectamente, o bien puede tener una incidencia real sobre la formación de la voluntad de las partes en el acuerdo.

Las declaraciones de voluntad, con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones son realizadas por medios electrónicos y se caracterizan, entre otras cosas, por la incorporeidad de las documentaciones al realizarse generalmente en ausencia física de las partes, y con la aparición de transferencias de datos electrónicos. Todo lo anterior, en la mayoría de los casos, con efectos transfronterizos y a través de distintas fases de formación del consentimiento.

Así, se puede establecer que el contrato celebrado a través de medios electrónicos será considerado como un contrato electrónico; pero lo más relevante es que la voluntad o

acuerdo de las partes contratantes haya sido expresada por cualquier medio electrónico.

Sin embargo, ese intercambio de datos para la emisión de voluntades a través de la autonomía de la voluntad muchas veces no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica plena así como la confianza comercial. Así, para el pleno desarrollo de la contratación electrónica resulta necesaria la intervención legislativa, procurando contemplar el desarrollo de un régimen normativo bien elaborado sobre distintos negocios del comercio electrónico.

El consentimiento es un requisito primordial de todo contrato, que supone la concurrencia de al menos dos declaraciones de voluntad: la del oferente y la del aceptante.

Según la doctrina civilista, la oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y además, establece los requisitos necesarios del contrato al que se quiere llegar, de manera que éste quedará perfecto si recae la aceptación.

La propuesta u oferta contractual se ha de emitir por un medio físico o electrónico con la intención de obligarse, y debe realizarse a conciencia de que obliga contractualmente al oferente de acuerdo con sus condiciones.

A manera general, coincide la doctrina contractual en que los requisitos básicos de la oferta es que debe ser lícita, declarada, con el propósito del oferente de vincularse contractualmente, dirigida en cuanto a los sujetos y en cuanto a objeto determinado y completo.

Por su parte, la aceptación es la declaración de voluntad positiva o negativa que emite el

destinatario de una oferta por la cual acepta de manera expresa, pura y simple la correspondiente declaración de voluntad del oferente.

La formación del contrato mediante la concurrencia de oferta y aceptación, ya sea a través de medios electrónicos o tradicionales, exige en todos los casos declaraciones que incorporen todos los elementos esenciales del contrato.

Atendiendo a lo anterior, existen distintas teorías que analizan el momento de perfeccionamiento y validez del contrato electrónico. Estas teorías se exponen con brevedad, pero es necesario referirse a ellas para poder entender el mecanismo de formación y perfección en los contratos electrónicos entre ausentes.

Según la Teoría de la Emisión, el momento de la perfección del contrato electrónico es aquel en que el aceptante emite su declaración de voluntad y realiza el acto material de comunicar al oferente su aceptación. Según esta teoría, basta que el oferente haya declarado su oferta y posteriormente, al aceptarla el aceptante, el contrato quedaría perfeccionado.

No basta por tanto que la aceptación exista en la mente del aceptante y la voluntad esté formada, pues es preciso que se exteriorice de forma completa.

En caso de falta de acuerdo, eventualmente el lugar en el cual el aceptante emite su declaración de voluntad sería el lugar de la formación del contrato. En esa forma, hay contrato cuando el aceptante envía la comunicación de la aceptación al oferente.

Por su parte, según la Teoría de la Cognición el momento de perfección debe producirse

no cuando el aceptante emite la declaración de voluntad, ya que en tal caso el oferente estaría vinculado sin saberlo, sino que debe producirse cuando la aceptación llega al conocimiento del oferente, pues se trata de una declaración de voluntad de carácter receptivo.

También han surgido otras teorías intermedias. En este sentido la Teoría de la Expedición surge para paliar las críticas de la teoría de la emisión, pues supone que el contrato se perfeccionará no sólo con la simple declaración de voluntad por el aceptante, debidamente expresa, sino que es necesario además que la canalice adecuadamente hacia el oferente para que razonablemente llegue a su conocimiento. Así, el contrato electrónico se perfecciona cuando el aceptante ha hecho todo lo que diligentemente debía como un “buen padre de familia” para canalizar la aceptación hacia el oferente.

La Teoría de la Recepción matiza la teoría de la cognición, al considerar que el momento de perfección del contrato es aquel en que la voluntad de aceptación llega al ámbito o círculo de intereses del oferente. Lo anterior sin perjuicio de que éste llegue a conocerlo o no, para establecer como lugar del contrato donde se recibe la comunicación.¹

Ante un nuevo sistema de perfección contractual digital, se propone adoptar una nue-

va teoría que bautizamos con el nombre de Teoría de la Confirmación, lo cual exigiría para la perfección del contrato celebrado electrónicamente y como un requisito de buena fe contractual, no sólo la recepción y el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, sino además la notificación de la recepción al aceptante con carácter de recibido.

De admitirse esta tesis, existirían algunas ventajas prácticas. En particular, el contrato electrónico una vez celebrado con tan complejo sistema de perfección, sería relativamente sencillo probar su existencia, lo que dotaría de seguridad jurídica plena a todos los participantes de la contratación electrónica. En aquellos casos en los que no existiera firma digital, esta carencia podría suplirse parcialmente por la certidumbre que comporta el simple acuse de recibido de la aceptación por parte del oferente. Lo anterior sin implicar desde luego una cadena interminable de recibidos y como requisito de buena fe contractual.

Se ha considerado que el criterio fundamental que subyace en la contratación electrónica no es el de distancia, sino el de tiempo en el momento de la perfección del contrato, y ambos conceptos, sean el de distancia y el de tiempo, pierden trascendencia y se difuminan en la contratación por medios electrónicos, sobre todo en aquellos que se realizan en la Red.

¹ Los principios estipulados por la Unión de Derecho Internacional Privado acogen este criterio de la recepción al decir que la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida y se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal. Este es el sistema de formación de compraventa mercantil establecido por el ordenamiento costarricense en el artículo 444 del Código de Comercio, el cual establece que “*el contrato quedará perfecto desde el momento en que dentro de los términos indicados en el artículo anterior, el proponente reciba comunicación de la otra parte aceptando pura y simplemente. Si la contestación contuviere algunas modificaciones o condiciones, el contrato no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no acepte los cambios y así lo haga saber. Esa contestación, por su parte, producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a poder del posible comprador*”.

Hoy en día, lo que caracteriza verdaderamente a la contratación electrónica – sea entre presentes o entre ausentes- es la interactividad a nivel mundial, donde cada contrato se puede perfeccionar de forma instantánea e inmediata, a pesar de que los contratantes se encuentren “físicamente ausentes” y distantes geográficamente entre sí.

Principios Generales de la Contratación Electrónica

La autonomía de la voluntad gobierna la materia contractual civil y mercantil como el principio de libertad de forma del contrato. Así se establece el principio de libertad de forma en la contratación y la forma electrónica válidamente admisible. De tal forma, las partes contratantes podrán pactar válidamente acuerdos por el medio que mejor convenga a sus intereses, salvo que ello esté expresamente prohibido por la ley.

Todo contrato se forma para crear un vínculo jurídico entre los contratantes, y está dirigido a crear un vínculo obligacional entre los contratantes por el que se crean, modifican, o extinguen relaciones jurídicas, lo cual constituye el efecto normal entre las partes, pues tiene fuerza de ley o fuerza obligatoria entre las partes intervinientes, produciendo los efectos queridos por las partes y los fijados por la ley, tales como la obligación de ejecución, la irrevocabilidad contractual, y la ejecución de buena fe manifiesta en las obligaciones de lealtad y cooperación en la ejecución de las obligaciones, cuyo incumplimiento podría generar la responsabilidad civil contractual y la eventual resolución judicial o ejecución forzosa.

El contrato electrónico se puede perfeccionar ya sea por un medio electrónico o por un medio físico, y siempre los mismos principios serían aplicables durante todo el proceso de su formación. Lo cierto es que los efectos jurídicos producidos por las declaraciones de voluntad exteriorizada a través de medios electrónicos son equivalentes a los producidos por una declaración de voluntad exteriorizada en forma escrita o verbal.

Ahora bien, en un mundo cada vez más interrelacionado e interdependiente entre sí, la seguridad en los diversos canales de comunicación son esenciales para que los comerciantes logren celebrar con plena validez jurídica sus actos. Lo anterior se convierte en una de las estrategias principales de competencia en mercados y economías cada día más exigentes. Por ello resulta evidente y necesario un entorno legal que permita resolver adecuadamente los aspectos contractuales con plena seguridad jurídica y confianza comercial.

Por su parte, con el principio de equivalencia funcional internacionalmente reconocido y establecido expresamente en muchas legislaciones, se equipara de manera funcional y jurídica la utilización de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas digitales al uso de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas manuscritas o en papel, lo cual implica aplicar imperativamente una regla de no discriminación entre los distintos medios de celebración contractual.

Lo anterior en el sentido de que no se le negarán efectos jurídicos o probatorios a los contratos o acuerdos por el mero hecho de presentarse en forma electrónica o digital.

El juzgador, desde la óptica de la equivalencia funcional y de la autonomía de la voluntad, cuando se le presente como prueba de respaldo un contrato firmado electrónicamente que cumpla con todos los requisitos de seguridad y certificación de cada legislación, deberá atribuirle el valor de plena prueba, y en el peor de los casos, de prueba iuris tantum que admite eventualmente contraprueba por la parte que alegue su invalidez respecto a su autoría.

Finalmente, el principio de neutralidad tecnológica supone que cada Estado debe regular el impacto de las tecnologías en el ámbito jurídico; y que dicha regulación no debe comprender o dedicarse exclusivamente a una concreta tecnología, sino que ha de abarcar bajo una misma normativa, y en la medida de lo posible, la regulación de cualquier tipo o forma de tecnología. Así, los ordenamientos deberían acoger en su régimen todas las innovaciones presentes y futuras, sin necesidad de ser modificadas o crear legislación para cada tecnología.

El principio de neutralidad tecnológica implica un considerable valor añadido para el comercio electrónico y la contratación electrónica en general. Su plena vigencia y acertada formulación legislativa supone que las tecnologías incipientes deben ser comprendidas por el Derecho en la misma medida y extensión en que lo son las tecnologías plenamente operativas al día de su aprobación. El alcance de este principio responde al “Derecho Realidad” y una interpretación evolutiva de las normas existentes.

Buena Fe y “Contratación en Masa”

Seguidamente se manifiesta el principio de la buena fe contractual, entendido como una

idea general de lealtad, rectitud y corrección. Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y los contratantes deberán presumirla y consagrarla en su relación de negocios, independientemente del medio que se utilice para su perfeccionamiento. La buena fe es una creencia que por efecto de un error excusable tiene la persona de que su conducta no peca contra el Derecho.

Ha sido plenamente comprobado que la buena fe en la contratación constituye uno de los fundamentos básicos del régimen jurídico contractual y comercial en cuanto a la búsqueda de un verdadero equilibrio de equidad y lealtad entre los contratantes.

Civilmente, los derechos han de ejecutarse siempre de buena fe, el cual tiene dos manifestaciones concretas: la obligación de lealtad y la falta de actitudes dolosas (*animus nocendi o vexandi*). En cualquier caso, la ley no debe amparar nunca el abuso del Derecho y establecer medios eficaces para evitarlo.

Más aún en la contratación electrónica, la buena fe debería ser respetada en grado superior en tanto y en cuanto las circunstancias de parcial desconocimiento y desconfianza persistan.

Los productos o servicios que generalmente se contratan en la Red aparecen en las web sites y el consumidor los adquirirá, generalmente, sin tratos preliminares, sin conversaciones previas, ni redacción de proyectos o borradores. La contratación realizada a través de internet es, en algunas ocasiones, una contratación compulsiva por el propio medio empleado y la facilidad de adquirir los productos o servicios se da con la simple aceptación haciendo un simple “click” sobre un icono.

Se vive en un mundo cada vez más interconectado por la globalización y por la revolución científico-tecnológica. Este desarrollo tecnológico ha revolucionado y ha transformado radicalmente las prácticas tradicionales de negociación contractual.

La evolución del concepto de contrato ha tenido distintas manifestaciones a lo largo de la historia jurídica. Inicialmente fue definido como una conjunción de consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas, resaltando la autonomía de la voluntad manifestada en un acuerdo tendiente a reglar sus conductas jurídicas. Y es que imaginar un contrato en donde la autonomía de la voluntad no es un pilar fundamental sería como cuestionar la esencia misma de los convenios como fuente de obligaciones.

El principio de autonomía de la voluntad ha sufrido importantes variantes a partir de la introducción de las condiciones generales dentro de los llamados “contratos de adhesión” o “contratos en masa”, a tal punto que algún sector de la doctrina afirma que existe una crisis del contrato negociado.

Dicho contrato negociado se caracteriza por estar constituido por un acuerdo entre las partes, conforme a principios rectores, como lo son la moral, el orden público, la ley, la buena fe y la equidad. La fuerza obligatoria de este tipo de contratos está en el reconocimiento de la condición de persona, de su dignidad y en ese tanto de su libertad para auto-regularse y auto-responsabilizarse. Se les denomina “negociados” porque para su perfeccionamiento se recurre a conversaciones previas entre las personas, discusiones y forcejeos, tratos preliminares, declaraciones concordantes, incluso respecto del contenido del contrato.

No obstante, es evidente que nuestra realidad, en materia de contratación, ha sufrido cambios importantes precisamente porque, en la actualidad, es cada vez menor la posibilidad de negociar las condiciones de la contratación, pues en su mayoría se encuentran ya predisuestas.

Los denominados Contratos de Adhesión, Tipo o Producto son contratos predisuestos por una de las partes contratantes (proponente) que, por su envergadura económica, goza de mayor poder de negociación frente a la otra (adherente). También pueden haberse predisuesto que una tercera persona (*contratos standard*).

Estos contratos se caracterizan porque la autonomía de la voluntad se encuentra disminuida. La “parte débil” en la contratación, en este caso mejor llamada la parte adherente, se limita a dar su “consentimiento” – o más bien su manifestación- a las condiciones ya establecidas, sin posibilidad de discutir su contenido. Ante esta nueva versión, si bien válida como una forma moderna de realización de negocios jurídicos, el contrato deja de ser una regla de conducta obra de los contratantes.

El término contrato en masa se utiliza para designar la multiplicidad de estipulaciones de las empresas, las cuales, dirigiéndose a un número indeterminado de consumidores, ofrecen bienes y servicios en el mercado, por medios tradicionales o electrónicos, y bajo condiciones preestablecidas e inmodificables por parte de su clientela. Ello básicamente pues los negocios han de ser concluidos de manera rápida.

En cuanto a las Relaciones Contractuales de Hecho, también denominados conductas

sociales típicas, serán aquellas relaciones jurídicas iguales a los contratos, salvo en su origen, en tanto adolece de declaraciones de voluntad propiamente dichas. No son propiamente relaciones contractuales, aunque de ellas nazcan obligaciones. Dentro de estos nuevos tipos de contratación, adquiere una especial importancia las denominadas “condiciones generales” de la contratación, las que constituyen un conjunto de reglas que una empresa, grupo o rama de industriales o de comerciantes, establece para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar y que redacta unilateralmente impidiendo futuras modificaciones o discusiones sobre el contenido del contrato.

Las características de los contratos con “condiciones generales” son: a) pre-disposición unilateral: pre-redacción o predisposición; b) generalidad: se configuran las condiciones para ser aplicadas a todos los contratos. Se redactan en forma abstracta y articulada, como las leyes y; c) imposibilidad de negociación.

Dicha imposibilidad tiene dos reglas. La primera regla indica que la posibilidad de discutir una cláusula aislada, no excluye que se mantenga el principio de imposibilidad de negociación sobre el resto de condiciones generales (condiciones particulares frente a condiciones generales). La segunda gira en torno a la inversión de la carga de la prueba, lo que implica que la parte adherente no prueba la imposibilidad de negociación, es la pre-disponente quien debe probar la existencia de un contrato negociado.

Las condiciones generales son propias de lo que la doctrina ha denominado “contratación

en masa” que surge como consecuencia de la sociedad altamente consumista, más aún en el escenario digital.

El cyber-consumismo ha generado que los contratos no se negocien, sino que, se elaboran como un producto “masivo”, en el que carecen de interés las intenciones particulares de las personas contratantes. En otras palabras, hemos evolucionado de un contrato negociado a un contrato masificado con condiciones generales predispuestas por la parte proponente.

Así, la autonomía de la voluntad ha quedado limitada a dar un sí a las condiciones predispuestas o de lo contrario no adquirir el bien o servicio que se ofrece por el proponente. Esto no significa “satanizar” este tipo de contratación, pues cumple importantes funciones dentro de nuestro sistema económico y comercial moderno. A través de esta contratación, las empresas, minimizan los costos de la transacción y de la negociación del contrato, y además favorecen la eficiencia y la misma división de tareas de los miembros de la organización empresarial.

La contratación con cláusulas predispuestas ciertamente cumple una función económica plausible, ya que muchas veces solo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales.

En la práctica, la creación y redacción de las condiciones generales del contrato se le encarga a un grupo tecnocrático que se ocupa del trabajo jurídico (crea las condiciones generales), en tanto que la venta del producto o del servicio se encarga a otro grupo especializado. De esta forma

esas condiciones generales, reducen las necesidades de comunicación entre la empresa y las personas consumidoras, ante las eventuales incidencias del contrato.

Desde el plano jurídico, algunas doctrinas sostienen que la posibilidad de negociar el contenido del contrato es algo anticuado, lacunoso y ambiguo, por lo que, no se adapta a las necesidades del tráfico actual. Para las personas defensoras de esa posición, las “condiciones generales de la contratación” suministran una reglamentación más analítica, exhaustiva y clara. En consecuencia, remueven motivos de incertidumbre y así se evitan controversias, litigios y costes asociados, por lo que, desde el punto de vista económico hace del contrato un instrumento más eficiente.

Esta posición recibe sus críticas, precisamente, cuando se presenta una escasez de claridad y de corrección de las condiciones generales. Si las condiciones generales siempre fueran “claras” y “carentes de ambigüedad” no habría necesidad de que fueran interpretadas por los órganos jurisdiccionales, ello debido a que las empresas se encargarían de formular condiciones generales de “alta calidad”.

No obstante, en ciertas ocasiones la realidad resulta contraria, ya que los jueces desaplican esas condiciones generales y las califican de “abusivas”. Al existir una parte pre-disponente, es evidente que, en la mayoría de los casos, las condiciones generales serán redactadas en beneficio exclusivo de la empresa. Bajo esta perspectiva, las condiciones generales son utilizadas en muchas ocasiones para dar seguridad a la empresa pre-disponente y no a la persona consumidora o adherente.

Esta modalidad contractual, que responde a una verdadera realidad del tráfico mercantil actual, ha motivado a la elaboración de un conjunto de normas de interpretación. Tomando en cuenta este nuevo régimen de contratación, cada ordenamiento jurídico debe contener un régimen jurídico de protección y sobre todo de interpretación clara de los términos en los contratos que incorporen condiciones generales. Lo anterior a través de reglas para que los consumidores y las empresas proponentes obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos.

Ante ello, es obligación de todo comerciante respetar las condiciones de la contratación; brindar información clara y veraz a la persona consumidora de los elementos que inciden en la relación de consumo; y apegarse a la equidad, los buenos usos comerciales y a la ley en su relación con el consumidor.

De esta manera, la ley de cada país debe ofrecer toda una serie de controles de inclusión para garantizar que a la parte adherente se le pongan en pleno conocimiento, de forma clara y veraz, las condiciones generales de la contratación en los convenios predispuestos so pena de que, si no se le otorga la posibilidad de conocerlas o aún conocidas no resultan ser claras sino más bien ambiguas, las cláusulas que reúnan esas características se declaren inválidas e ineficaces, sea cual sea el medio a través del cual se perfeccionó el convenio entre ellas.

Para entender realmente el control de inclusión hay que distinguir las dos etapas de un contrato, o sea su celebración y, luego su ejecución. En el momento de la celebración del contrato que contenga condiciones generales, su eficacia no depende de otorgar

su consentimiento a esas condiciones, sino más bien de la posibilidad efectiva de conocerlas (a través de la entrega de un formulario, o de una publicidad que las contenga, o a través de cualquier medio del cual se pueda derivar que, efectivamente, el adherente las conoce). Esto es lo que se entiende por “conocimiento efectivo”.

Bajo esta perspectiva, el control de inclusión cumple con dos funciones trascendentales:

- a- la función legitimadora: el cumplimiento de los requisitos de inclusión legitima las condiciones generales a las que la persona se ha adherido, en consecuencia la vincula con ellas en la medida en que sean conformes con la regulación pactada o legal (buena fe, justo equilibrio); y
- b- la función de publicidad o de información: antes de la celebración del contrato, la persona adherente carece de interés en las condiciones generales. Su conocimiento efectivo es trascendental, solo en el momento de su ejecución. O sea, es después de la celebración del contrato que los requisitos de inclusión desempeñan su función principal.

Posteriormente, a través de un efectivo control de contenido, aún y cuando se tenga la posibilidad de conocerlas y su redacción sea clara, debe ser posible anularlas cuando ellas sean eventualmente calificadas como cláusulas abusivas. Este control de contenido se aplica una vez superado el control de inclusión, a través de la declaratoria de nulidad o anulabilidad de las cláusulas

“abusivas” expresamente establecidas por ley o bajo la interpretación de buena fe del juzgador.

A través del control de contenido se integra la equidad, la buena fe y el justo equilibrio a las condiciones pre-dispuestas en la contratación. En otras palabras, para que las condiciones generales adquieran eficacia deben haber sido conocidas por la parte adherente o al menos que hubieran podido serlo, a través de un parámetro de diligencia ordinaria (control de inclusión), y el control de contenido, somete las condiciones a un control de equidad y buena fe contractual.

Por citar algunos casos, se pueden considerar eventualmente abusivas y nulas las cláusulas generales de los contratos de adhesión que confieran al pre-disponente, plazos desproporcionados o poco precisos ejecutar una prestación; establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados en relación con los daños para resarcir por el adherente o bien impongan cláusulas arbitrales.

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales, y las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente.

Como consecuencia del principio de la buena fe contractual nace la regla de *interpretatio contra stipulatorem*, regulada como interpretación *contra proferentem* en las distintas leyes comerciales y de protección a los consumidores, en razón del principio de *favor debilis*.²

De tal forma, la doctrina confirma que el postulado básico es que en caso de duda en el alcance e interpretación de las estipulaciones pre-insertas en los contratos de adhesión, siempre se interpretarán en el sentido más favorable al adherente. Se observa una clara finalidad protectora de los intereses de una parte impuesto por la buena fe contra el posible abuso de la parte causante de la oscuridad de la cláusula. Con ello se evita que el predisponente, con un comportamiento contrario a la buena fe, pueda sacar ventaja de la ambigüedad de las cláusulas unilateralmente redactadas, debiendo, en efecto, soportar el riesgo de un eventual defecto de claridad en la formulación elegida. La redacción debe ser *clare loqui* a fin de no lesionar la confianza de la contraparte.

El fundamento de esta regla se apoya en el principio de auto responsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad, pues al realizarla, el sujeto tiene la obligación de expresarse claramente, por lo que si no lo hace deberá cargar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra. Así, el predisponente tuvo todos los medios a su alcance para evitar una redacción ambigua u oscura de la cláusula, y al no hacerlo, deberá correr con los riesgos jurídicos de su impericia, negligencia o mala fe.

Quien redacta las cláusulas está en condiciones de hacerlo con tiempo y asesoramiento; por ende, tiene la obligación de redactarlas de manera clara, ya que está en la mejor posición para hacerlo. Además de lo anterior, existe un fundamento económico basado en los bajos costos transaccionales, y un mandato jurídico plasmado nuevamente en la regla de la buena fe contractual, que

obliga a obrar siempre de manera leal y transparente. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una auto responsabilidad cuando no se cumple con ella.

Así, a través de la *interpretatio contra stipulatorem* se establece una distribución equitativa del riesgo contractual, lo que significa que la parte adherente, al no haber participado en la redacción de las cláusulas, no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración. De acuerdo con este fundamento, la regla de interpretación cumple tres funciones básicas en el marco de la contratación en masa: a) una función de distribución equitativa del riesgo contractual derivada de la formulación ambigua, dudosa u oscura del clausulado; b) otra de protección al adherente al cargar el predisponente con el riesgo derivado de una dudosa redacción; y c) una función de prevención y estímulo a los proponentes a fin de que redacten sus cláusulas con el mayor grado posible de claridad y transparencia, bajo pena de soportar los inconvenientes en caso de incumplimiento.

Ahora bien, para la aplicación práctica de esta regla, la cláusula debe ser dudosa, ambigua u oscura. Esto es que cuando a su tenor literal o de su aplicación al caso concreto puedan producirse varios significados, porque no proporciona la información suficiente o porque las palabras empleadas tengan varios significados admitidos. No cabe ninguna duda que esta regla constituye un baluarte eficaz para promover una redacción clara y comprensible de las condiciones contractuales, se presentan ellas a través de un formato tradicional o digital.

² Así, el artículo 1370 del Código Civil Italiano, el artículo 42 de la Ley 7472 de la República de Costa Rica, el artículo 1288 del Código Civil español, el artículo 1139 del Código Civil panameño, el artículo 1240 del Código Civil portorriqueño, el artículo 1401 del Código Civil de Perú, y el artículo 133-2 del Código de Consumo francés.

Esta regla se restringe a la aclaración del sentido de las cláusulas dudosas o ambiguas, más no a corregir eventuales desequilibrios o abusos contractuales a la parte adherente. Así, más allá de su inclusión y contenido, la regla de interpretación entra subsidiariamente a cooperar con las cláusulas generales conocidas y bien presentadas, pero con un contenido ambiguo.

Con ello, el comercio electrónico mundial es responsable de los profundos cambios registrados en la manera de hacer negocios estimulando la integración de los mercados globales. En la medida en que crece el comercio electrónico mundial, cada ordenamiento deberá establecer una estructura clara, adecuada y estable que respalde jurídicamente los distintos negocios jurídicos.

Bibliografía

BAUDRIT CARRILLO, Diego (2000). **Derecho Civil IV: Teoría General del Contrato**. Tercera Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

DIEZ-PICASO, Luis (1996). **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Volumen primero. Quinta Edición, España.

LEYVA SAAVEDRA, José (2011). **La Regla de Interpretación Contra Stipulatorem**. Red Iberoamericana de Magistrados. Tomado de la página web www.rimjc.org.

MONGE DOBLES, Ignacio (2009). **Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos Comentada**. Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA, San José, Costa Rica.

JURISPRUDENCIA. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José, Costa Rica.

JURISPRUDENCIA. Tribunal Primero Civil de Costa Rica. San José, Costa Rica.

OBANDO PERALTA, Juan José (2000). **El Régimen Jurídico de la Compraventa Nacional e Internacional en Internet**. Tesis de Grado, Obra Inédita, Universidad de La Salle, San José, Costa Rica.

EQUILIBRIO ENTRE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR Y PODERES EMPRESARIALES

Dra. Ma. Del Rocío Carro Hdez.
Lic. Gabriel Espinoza C.***

SUMARIO

- I. **Introducción.**
- II. **La libertad de empresa.**
 - A) la libertad de empresa. Faceta de creación.
 - B) libertad de empresa. Faceta de dirección y organización.
- III. **Libertad de empresa y relaciones laborales.**
 - A) facultad patronal de verificación.
 - B) poderes empresariales y derechos fundamentales del trabajador.
 - C) principios generales para la protección del derecho fundamental a la privacidad del trabajador en costa rica. Necesidad objetiva y proporcionalidad con el fin.
- IV. **Supuestos frecuentes de posible intromisión en el ámbito privado del empleado.**
 - A) solicitud, manejo y mantenimiento de datos en costa rica.
 - A.1) Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales. Principios generales.
 - A.2) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en la utilización de datos del trabajador e instrumentos de selección de personal.
 - i. Discriminación en la contratación.
 - ii. Solicitud de datos al trabajador.
 - iii. Utilización y conservación de datos.
 - iv. Despido fundamentado en datos sensibles.
 - B) computadora y correo electrónico.
 - B.1) Protección de la intimidad del trabajador en el uso de la computadora y correo electrónico. Votos n° 15063 del primero de noviembre del dos mil cinco y n° 17380 del veintinueve de noviembre del dos mil seis de la sala constitucional de la corte suprema de justicia.
 - B.2) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en el uso de la computadora y correo electrónico.
 - C) sistemas de monitoreo: intervención de llamadas y videograbación.
 - C.1) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en el uso de sistemas de monitoreo.
 - D) privacidad y uso de redes sociales.
 - D.1.) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en el uso de redes sociales.
- V. **Comentarios finales.**

EQUILIBRIO ENTRE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR Y PODERES EMPRESARIALES

Dra. Ma. Del Rocío Carro Hdez.*
Lic. Gabriel Espinoza C.**

I- Introducción.

El artículo 24 de la Carta Magna es el pilar esencial del Derecho a la Intimidad en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. Se ha mencionado hasta la saciedad que “(...) ciertos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato (...)”¹ son bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, por lo que en los últimos años ha existido un incremento de asuntos relacionados con la protección de este derecho, que surgen con el día a día de nuestro país. Una gran cantidad de casos han llegado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante Sala Constitucional) la cual ha desempeñado, hasta este momento, un rol activo en el desarrollo jurisprudencial del Derecho a la Intimidad.

En el ámbito laboral la protección de la intimidad de la persona es un tema que

adquiere un matiz especial, ya que si bien es cierto que la Constitución protege la privacidad de cada uno de los habitantes de nuestro país, no es menos cierto que también salvaguarda la Libertad de Empresa², derecho del cual se deriva la potestad patronal de organizar la prestación del trabajo.³ Dicho lo anterior, es lógico concluir que en determinados casos puede existir una colisión entre ambos derechos constitucionales a los que se hizo referencia.

Sumado a lo anterior, la utilización y sofisticación vertiginosa de la tecnología aplicada los centros de trabajo como verdad indiscutible, ya sea para la innovación y modernización de procesos productivos incidiendo en la elaboración de productos finales de mejor calidad, la mejoría en la prestación de servicios en la búsqueda incansable de la satisfacción de los usuarios, el perfeccionamiento de métodos de comunicación y transporte *reduciendo* los espacios físicos entre sujetos, así como la capacidad de transformar el ordenamiento

* Doctora en Derecho Del Trabajo. Università degli Studi di Pisa.

** Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica.

1 Voto N° 2003-06552 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En esta misma línea, ese Tribunal ha emitido las Sentencias 5802-99 y 1119-00, por lo que es posible observar que a través de los años, ha defendido con recelo el tema de privacidad, sentando precedentes importantes en cuanto a la protección constitucional existente del ámbito de intimidad de las personas.

2 Constitución Política de Costa Rica. Artículo 46.

3 **FERNANDEZ VILLAZÓN** expresa que “(l)a concepción clásica del poder de dirección en el Derecho del Trabajo moderno lo configura como conjunto de facultades jurídicas por las que el empresario dispone del trabajo realizado, ordena las prestaciones laborales y organiza el trabajo en la empresa. Dentro de esas facultades se encontrarían, no solo las relativas a la decisión ejecutiva y organización, sino también las de control y vigilancia.” (2003. P. 19-20).

del trabajo y la propia estructura de la organización en sí, trae consigo la apasionante tarea de entender el fenómeno en el que nos encontramos inmersos y de iniciar la aplicación de las reglas preexistentes y apreciar su adecuación y suficiencia en un espacio nuevo⁴, en este caso, el tecnológico.

La penetración de la tecnología en las relaciones humanas, y específicamente en las laborales diluye la ya por naturaleza delicada línea que separa al Poder de Dirección del empleador y el Derecho a la Intimidad de los empleados, por lo que la falta de un cuidado adecuado, aunado a la falla en cuanto a la observación rigurosa de este derecho, abre la puerta para que la frontera de la intimidad sea fácilmente cruzada.

Debemos recordar asimismo, que la legislación laboral costarricense, con data del año 1943, es omisa en lo que se refiere a este tema, silencio que entorpece, mas no impide la regulación de estas situaciones, puesto que el Derecho del Trabajo, tanto en su función protectora como en su función de construcción y sostenimiento del sistema de relaciones laborales debe buscar soluciones acordes al Estado Social y de Derecho costarricense.

De ahí que el presente artículo tratará de proporcionar al lector una serie de pautas doctrinales y jurisprudenciales, buscará exponer las situaciones más comunes en las cuales se puede producir un conflicto

entre ambos derechos y la forma en la que nuestros tribunales de mayor jerarquía han resuelto *leading cases*, todo destinado a la búsqueda de un balance práctico y casuístico entre ambos derechos.

II- La Libertad de Empresa.

El examen de un Derecho como lo es la Libertad de Empresa trae consigo dificultades de toda clase. Debe reconocerse que al momento de analizarse éste, el cual es, en palabras de **DURÁN LÓPEZ**, la piedra angular del sistema económico y social diseñado por la Constitución⁵, y específicamente su contenido esencial, tener en consideración aspectos culturales, temporales⁶, políticos, económicos y sobre todo otros derechos fundamentales es menester, si lo que se quiere es la definición de un derecho sincronizado con la realidad en la que se presenta.

Y es que, tal y como recuerda el profesor **ARAGÓN REYES**, la libertad de empresa es la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho, trascendiendo aquella consideración puramente individual en la medida en que la empresa hace alusión, además, a una actividad económica organizada, por lo que este derecho se engarza con otros derechos y libertades que son su necesario acompañamiento: propiedad privada, derecho de asociación,

libertad de residencia y circulación, derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, libertad general de contratación.⁷

a) La Libertad de Empresa. Faceta de Creación.

En un primer sentido, podemos señalar que esta libertad, plasmada en el artículo 46 de nuestra Carta Magna se integra por la creación y establecimiento de la organización de los factores de producción que llamamos empresa. La Libertad de Empresa, en lo que acá importa, consiste en la capacidad para organizar un sistema productivo determinado.⁸

Utilizando una voz distinta pero manteniendo una noción idéntica, la Sala Constitucional, al estudiar el numeral citado supra ha indicado que «(...) la libertad de comercio que existe como garantía fundamental, es el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses (...).»⁹

El profesor **MERCADER UGUINA** precisa que el Derecho a la Libertad de Empresa es sin duda la clave de la regulación de las relaciones económicas, y como núcleo de la misma, se reconoce en ella la libertad de los individuos «para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (o principalmente de capital) a la realización de actividades econó-

micas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos que organización típicos del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia.»¹⁰

Para los profesores **PALOMEQUE LÓPEZ** y **ÁLVAREZ DE LA ROSA** cualquier concepto útil de empresa debe fundarse en los presupuestos constitucionales de las ordenación de la actividad económica, y recuerdan que la libre empresa, como derecho público subjetivo tiene como objetivo la protección, frente a intentos de los poderes públicos de suprimirla, modificarla o reducirla. Para ellos, la empresa, dentro del orden económico constitucional debe contemplarse, sin margen de dudas, en el contexto de un Estado democrático y social.¹¹

b) Libertad de Empresa. Faceta de Dirección y Organización.

Sin embargo, la Libertad de Empresa –*examinada desde el ámbito de su organización y dirección*–, es reconocida como los poderes de mando, decisión y gestión sobre los medios de producción materiales y humanos que integran la empresa¹², y le permite a sus titulares concretar su iniciativa privada empresarial.

Y es que más claro no podría ser, la primera cara de la libre empresa no tendría

4 De las Heras, T. (2010) "Intermediación en la Red y Responsabilidad Civil". *Revista Española de Seguros*. 142 (1) : 217-259. Mayo.

5 Durán López, F. "Contenidos Laborales del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa", en VV.AA. *La Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

6 **GARCÍA VITORIA** (2008), citando a **JIMÉNEZ CAMPO**, sugiere que el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser determinado por la cultura jurídica, por la tradición jurídica, es decir, un significado temporal «vivo y actual».

7 Aragón Reyes, M. "El Contenido Esencial del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa", en VV.AA. *La Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

8 Palomeque López, M.; Álvarez de la Rosa, M. (2011). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1019-97

10 Mercader Uguina, J. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 4 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

11 *Ibid.* P. 552-553.

12 Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J. (2011). *Derecho del Trabajo*. 20 ed. Madrid: Editorial Tecnos.

sentido alguno sin la posibilidad real de sus propietarios de organizarla de la forma que estime más conveniente, dejándola sin contenido mismo.

El Derecho a la Libertad de Empresa no reconoce únicamente el derecho a acometer cualquier empresa, sino el de iniciar y sostener la actividad económica empresarial, que se concreta en «*el reconocimiento a las particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar sus actividades en atención a sus recursos y a las condiciones propias del mercado.*» (Sentencia Tribunal Constitucional Español 225/1993).¹³

Para **CORREA HENAO**, por un lado, esta la expresión de la evidente autonomía del sujeto empresario, que encuentra su justificación en el hecho de desenvolverse en el mercado, puesto que la correcta asignación de recursos que este presupone depende de la libertad de los sujetos que actúan en él, es decir de esa capacidad de disponer libremente, de ser y de actuar conforme los intereses personales y en atención a las mejores opciones que la oferta y la demanda presenten.¹⁴ Por otro, **PACE** destaca que la gestión de la empresa constituye la esencia de la libertad económica, en el tanto se han dado limitaciones legislativas para el ejercicio y establecimiento de la empresa, a la imposición de determinadas formas de organización de la empresa conforme a su objeto, a que por razones de utilidad social

13 Mercader Uguina, J. Óp. Cit. P.169.

14 Correa, Henao, M. (2009). *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

15 Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J. Óp. Cit. P. 252-253.

16 Mercader Uguina, J. Óp. Cit. P. 347.

el precio de los bienes o servicios pueda estar condicionado por la Administración o al establecimiento de sucesivas autorizaciones, a controles durante el desarrollo de la actividad económica, sin embargo, resulta completamente incompatible que la empresa sea “heterodirigida”, es decir, que el cómo de la organización empresarial sea elegida no por el titular de la libertad sino por el poder público.

Al reconocimiento de la titularidad jurídica de la empresa, debe seguirle el de estas facultades precisas para asegurar su funcionamiento y la consecución de los objetivos propuestos¹⁵, so pena de contrariar la protección erigida por nuestra Constitución Política.

III- Libertad de Empresa y Relaciones Laborales.

En que lo que a la relación laboral se refiere, la mentada libertad, como una libertad de autodeterminación y gestión de la empresa¹⁶, se sustancia posicionando al empleador como titular de la empresa, y por lo tanto ostenta la capacidad ordenadora de las diversas relaciones y prestaciones de servicios que integran o conforman el factor trabajo. Visto desde un punto de vista estrictamente empresarial, los trabajadores son ante todo un factor de producción, por lo que al formar parte de la unidad productiva denominada empresa y en consonancia con la Libertad de Empresa, su asignación, la definición de un correcto desempeño y otras atribuciones concordantes al logro de

los objetivos de la empresa, corresponde por antonomasia al empleador.¹⁷

Esta utilización recae en distintos aspectos, tales como el tiempo de trabajo, trabajo exigible, modificaciones de las condiciones de trabajo, movilidad de los trabajadores, etc., siempre dentro de los límites legales establecidos.¹⁸

La doctrina ha llamado a lo anterior Poder de Dirección¹⁹, y lo define como aquella facultad de dar órdenes sobre el modo, lugar y tiempo de la prestación de trabajo, encontrando su fundamento jurídico puntual en el contrato de trabajo, bajo el cual una parte, el trabajador, se obliga a realizar el trabajo convenido bajo la dirección de la otra, el empleador.

PALOMEQUE LÓPEZ y **ÁLVAREZ DE LA ROSA** se refieren a una inmersión del contrato de trabajo en el ámbito en el la cual la parte empleadora tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar, la cual se concreta en la ordenación de las prestaciones laborales.²⁰

Esto quiere decir que el trabajador no es el facultado para decidir como realizar la prestación del trabajo, que medios va a

utilizar para ello ni qué resultados debe conseguir, ya que todas esas decisiones, como anteriormente manifestamos, son facultades directivas del empleador²¹, por lo que la relación laboral da paso dentro de muchas otras cosas, a la existencia de la subordinación del trabajador frente a su empleador, la cual implica una obligación del primero a seguir aquellas órdenes e instrucciones dictadas por el segundo, sobre el contenido y circunstancias del trabajado efectuado.²²

a) Facultad Patronal de Verificación.

Ahora bien, dicha faceta de la Libertad de Empresa así como la subordinación técnica previamente apuntada serían vaciadas de contenido sin la posibilidad de que el empleador tuviese para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. En efecto, el Poder de Dirección se ve complementado por esta facultad de verificación, sin la cual el primero se vería únicamente como un «mero poder moral»²³.

Concretamente, **FERNÁNDEZ VILLAZÓN** resume que esta facultad de verificación viene dada por un lado con el objetivo de comprobar el desempeño conforme a

17 Correa, Henao, M. (2009). Óp. Cit.

18 Durán López, F. Óp. Cit. P. 62.

19 Conjunto de facultades que, sumadas o combinadas, permiten llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes la han puesto en marcha. VV.AA. *El Control Empresarial* (2005). 1ra Ed.: España-Editorial CISS.

20 Palomeque López, M.; Álvarez de la Rosa, M. Óp. Cit.

21 Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J. Óp. Cit.

22 En palabras de la Corte Constitucional Italiana, quien firma un contrato de trabajo con un empresario no asume una iniciativa económica propia, sino que acepta ser incluido dentro de una organización productiva constituida por la decisión de la otra Parte. Sentencia 268 del 30 de Junio de 1994. García Vitoria, I. (2008). *La Libertad de Empresa: ¿Un Terrible Derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

23 Alonso Olea y Casas Baamonde. Citados por Terradillos Ormaetxea, E., (2004). *El Poder Disciplinario Empresarial. Principios y Garantías*. 1 Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

lo ordenado y por el otro para en aras del mantenimiento y buen funcionamiento de la organización empresarial.²⁴ El poder de ordenación del factor productivo radica entonces, precisamente en la atribución de establecer las reglas, procedimientos, exigencias de operación de los trabajadores para la producción del bien o la prestación del servicio, y del mismo modo, la sujeción del trabajador a tales lineamientos se justifica por razones objetivas relacionadas con el tipo de actividad económica que se desempeña, con las exigencias que impone la tecnología y con el producto y bien ofrecido.²⁵

Claro está, es difícil considerar supuestos en los que el empleador no se preocupe por salvaguardar sus intereses empresariales y contractuales, y deje sin verificar si la prestación de la que es acreedor, la del trabajo, está siendo cumplida de la forma tal que por derecho está destinado a recibir, ya que nuestro Código de Trabajo, así como casi cualquiera de los ordenamientos jurídicos existentes, no obliga al trabajador a la prestación de un trabajo a secas, todo lo contrario, lo obliga a una prestación diligente y observante de lo requerido por

su empleador²⁶ en vista de que es éste y no otro quien conoce la determinación del contenido básico de la prestación debido a los requerimientos de su empresa.

De lo anteriormente señalado se puede deducir el problema que plantea ese escrito: ¿Puede el empleador, amparado en su derecho a organizar los factores de la empresa como lo estime pertinente, utilizar los medios que considere necesarios para la verificación del cumplimiento laboral?

b) Poderes Empresariales y Derechos Fundamentales del Trabajador.

Aún cuando cierta parte de la doctrina ha indicado que existe una modulación de los derechos de la persona del trabajador provenientes de la relación laboral en general y específicamente del ámbito rector y organizativo del empresario²⁷, la doctrina mayoritaria, nacional e internacional, desde hace ya unos años se ha encargado de delimitar la anterior cuestión, siendo la respuesta a tal interrogante lógicamente negativa.²⁸ La entidad patronal no puede utilizar cualquier medio en la búsqueda

24 Fernández Villazón, L.. (2003) *Las Facultades Empresariales de Control de la Actividad Laboral*. 1 Ed. Navarra : Editorial Aranzadi.

25 Correa, Henao, M. Óp. Cit. P. 504.

26 Código de Trabajo. **Artículo 71.- Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores: a) Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo; b) Ejecutar éste con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos (...).**

27 Fernández Villazón, L. (2003). Óp. Cit. citando a Hendrickx, F. (2001). "Horizontal Effect and the Perspective of Employment Privacy." *Bulletin of Comparative Labour Relations*. No. 40.

28 En realidad la cuestión es más compleja, y el profesor **SANGUINETI** plantea 2 interrogantes de mayor profundidad: ¿En qué medida el cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador y su sometimiento a la superior autoridad del acreedor de su fuerza de trabajo son capaces de justificar limitaciones de sus derechos fundamentales? O ¿en qué medida pueden servir los derechos fundamentales para modular el contenido de tales obligaciones y el espacio de ejercicio lícito de las facultades empresariales? Por su parte, **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI** precisan que la «dimensión tecnológica en la prestación de servicios ha traído hasta nosotros una nueva gama de conflictos laborales, que pueden agruparse alrededor de tres grandes categorías: 1a) Discusiones sobre los límites del uso extralaboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores; 2a) Problemas atinentes al control empresarial de dicho uso; 3a) Posibilidades de utilizar las nuevas tecnologías como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario, así como limitación en formación de los derechos de los trabajadores. Se trata de cuestiones a las que el ordenamiento laboral debe dar solución y que, en el fondo, replantean el debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa.»

de controlar las prestaciones de los trabajadores. Existe un claro límite para el proceder patronal, configurado en los Derechos Fundamentales del empleado, siendo el Derecho a la Intimidad uno de ellos.

Un análisis de distintas definiciones doctrinarias sobre lo que puede considerarse como un Derecho Fundamental, nos deja con una que resalta por su simplicidad, y nos lleva a la idea central que queremos expresar: la prestación del trabajo es realizada por un ser humano.

De acuerdo a esta idea, **PLÁ RODRIGUEZ**²⁹ nos señala que un derecho fundamental es aquel que posee el ser humano, sólo por el hecho de ostentar la calidad de "ser humano". De acuerdo con este autor, tal afirmación, supone al menos dos componentes:

- a- Es un derecho que pertenece a todos los humanos, sin ninguna necesidad de existencia de calificativos, condicionantes o exigencias; y
- b- Es un derecho que deriva de la condición de humano, por lo que debe ser reconocido y respetado por el propio legislador.

Este punto de vinculación del Derecho Laboral con los Derechos Fundamentales, en palabras de **HERSCHEL**, responde a la concepción de un color especial que tiene el Derecho del Trabajo, por la fuerte acentuación de lo humano en estrecho contacto con lo técnico y económico. Por su parte, **LOTMAR** señala que uno de los elementos distintivos

del Derecho Laboral es su carácter ético y su relación con el aspecto humano, del cual no puede desprenderse.³⁰

La compatibilidad de la noción de Derecho Fundamental con la del Derecho del Trabajo, puede resultar prima facie un tanto compleja. En este punto debemos discernir de los Derechos Fundamentales del trabajador, como persona, y los Derechos Fundamentales del trabajador *per se*, que no serán parte de esta exposición. Ambas figuras eso sí, se presentan como inherentes al ser humano.

RODRIGUEZ – PIÑERO y BRAVO – FERRER³¹ cita que los Derechos Fundamentales no operan sólo en un plano secundario de carácter económico, es decir, como defensa frente a la explotación económica, sino también como una protección de la personalidad, dignidad y ciudadanía del trabajador, asegurando que estos valores éticos informen el proceso del contrato de trabajo frente a quienes puedan ponerlos en peligro.

En otras palabras, señala que la relación laboral, no genera una extracción del trabajador de su condición de su persona, este sigue siendo sujeto de derecho, y protegido por una serie de Derechos Fundamentales, los cuales el contrato laboral no puede pasar por alto.

El profesor **BOLAÑOS CÉSPEDES** ha señalado que «(e)n definitiva, se trata de derechos que a la larga permiten una mayor

29 Plá, A. (1990). "Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo. Debate Laboral." *Revista Americana e Italiana del Derecho del Trabajo*. (6): 11-24.

30 Ambos autores con citados por Plá Rodríguez en su escrito "Derecho del Trabajo y Derechos Humanos".

31 Rodríguez – Piñero y Bravo – Ferrer, M. (2003). *Derechos Fundamentales del Trabajador. El Trabajo y la Constitución*. España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

democratización al interior de las empresas y centros de trabajo, cuya naturaleza y dinámica propia no permite que se les absorba por las fuentes y principios del derecho constitucional, dada su íntima relación con el fenómeno laboral, y sobre todo con el trabajo subordinado y por cuenta ajena.»³², lo que no significa que la aspiración «compensadora e igualadora» del Derecho del Trabajo, busque disolver aquella desigualdad natural u originaria de la relación de trabajo, sino únicamente la búsqueda de un mayor equilibrio entre la posición del empleador y el trabajador.³³

c) Principios Generales para la Protección del Derecho Fundamental a la Privacidad del Trabajador en Costa Rica. Necesidad Objetiva y Proporcionalidad con el Fin.

La labor jurisdiccional laboral nacional tampoco ha permanecido ajena a éstas posibles colisiones. El Voto de la Sala Segunda No. **2011-000172** de las once horas cinco minutos del dieciocho de febrero de dos mil once, reafirmó un claro límite entre el Poder de Dirección que puede tener un empleador y los Derechos Fundamentales, en este caso, el de intimidad que tiene el trabajador. Así, estableció que este poder patronal, debe ejercerse de manera afín a las garantías fundamentales del trabajador.³⁴

Así, y sentando un importante precedente en cuando al Derecho a la Intimidad de la persona trabajadora, señaló que los patronos

deben abstenerse de realizar actuaciones que vulneren el ámbito de privacidad de sus trabajadores:

“La concertación de un contrato de trabajo no significa la privación para la persona trabajadora de los derechos constitucionales de los cuales es destinatario en virtud de su condición de ciudadano, pues el recinto de trabajo no es un espacio separado del resto de la colectividad, ni la libertad de empresa del patrono justifica limitaciones o despojos de esas garantías básicas. La empresa sin lugar a dudas, es el punto natural de convergencia de los intereses de las organizaciones patronales y los sectores trabajadores, por lo que el análisis de hasta dónde puede llegar el poder de control y dirección del empleador, se convierte en tema de vital importancia para el desarrollo de las relaciones de empleo. (...) El derecho a la intimidad en la esfera laboral, presupone que la persona trabajadora se encontrará libre de injerencias arbitrarias en su vida privada, lo que quiere decir, que contará con un ámbito autónomo y reservado de la acción y conocimiento de los demás, razón por la cual el empleador encontrará una frontera a sus potestades, con independencia de que ese derecho pudiera ser ejercicio por medio de las herramientas de trabajo por él suministradas.”

32 Bolaños, Céspedes, F. (2011). Estudios de Derecho Laboral Moderno. Derechos Inespecíficos de los Trabajadores. Acceso a la Justicia Laboral en Centroamérica. 1 ed. San José: Editorial Jurídica Continental.

33 Montoya Melgar, A. “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario” en VV.AA. La Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

34 Carro, Hernández, R.; Carro, Espinoza, G. (2012). “Redes Sociales y el Despido Sanción”. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. No. 9. 117-124. Enero.

Continúa la Sala señalando que, el Poder de Dirección del patrono encuentra su límite precisamente en los derechos fundamentales de las personas, y aún cuando el monitoreo de sus trabajadores en aras de vigilar el correcto desempeño de sus labores es un mecanismo válido, debe adecuarse a estos derechos arriba mencionados:

“El empleador como un derecho consustancial a su condición, tiene la potestad de vigilar y comprobar el fiel desempeño de las labores que fueron pactadas por medio del contrato de trabajo. No obstante, ese poder debe ejercerse de forma afín con las garantías fundamentales del empleado, de modo que, los sistemas de monitoreo aplicados en la empresa, deben reunir al menos dos condiciones básicas, a saber, que estén originados en una necesidad objetiva amparada en su funcionamiento y, que sean proporcionales con el fin para el que están dispuestos. Ello con el objeto de descartar que estos mecanismos, se conviertan en un ambiente de acoso, que amenace con coartar un derecho tan sensible, como lo es el de intimidad.”

35 Merece que destaquemos, llegado a este punto, la similitud que mantiene jurisprudencia patria con la esgrimida por el Tribunal Constitucional Español. El órgano constitucional ibérico ha sentado importantes precedentes al determinar que es de aplicación la Doctrina del Principio de Proporcionalidad –cuyo origen ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional alemana–, de acuerdo con el cual, en el marco de la relación laboral, el sacrificio de un derecho fundamental –sea éste del trabajador o del empresario– sólo resulta admisible cuando pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto. Esta doctrina en términos muy sencillos se descompone en una triple valoración, en la que existen un juicio de idoneidad, encaminado a establecer su aptitud para satisfacer el interés protegido por el derecho que se pretende ejercer; un juicio de necesidad, dirigido a determinar si es la más benigna de todas las medidas afectantes capaces de conseguir esa satisfacción con un nivel equivalente de eficacia; y por último un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, cuyo objeto es determinar cuál de los dos intereses ha de prevalecer mediante la realización de una ponderación entre ambos dirigida a establecer si la importancia de la satisfacción de uno justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Sin embargo, autores como **SANGUINETI** expresan su preocupación y la peligrosidad de la aplicación de una «versión light» deficiente e incompleta de los distintos pasos comprende la Doctrina del Principio de Proporcionalidad en el campo laboral, sobre todo que se queda en los dos primeros juicios y olvida aplicar el tercero y fundamental.

De este modo, y como bien lo señala la sentencia citada, los sistemas de monitoreo aplicados en la empresa, deben reunir al menos dos condiciones básicas: 1) una necesidad objetiva amparada en su funcionamiento y, 2) que sean proporcionales con el fin para el que están dispuestos.³⁵

Tomando como referencia la cita jurisprudencial a la que éste apartado se refiere, podemos rescatar que, aunado a la necesidad objetiva, y a la proporcionalidad con el fin, el monitoreo de los trabajadores debe respetar un elemento más, el cual es que los empleados deben estar debidamente comunicados de tal actuación patronal.

IV- Supuestos Frecuentes de Posible Intromisión en el Ámbito Privado del Empleado.

Dejamos de lado las referencias generales, y procedemos ahora a realizar una labor sistemática de aquellas situaciones que con mayor frecuencia se presentan en la realidad laboral de nuestro país.

No obstante ello, tenemos claro que la posibilidad de colisión entre el ámbito de la esfera privada del empleado y las actuaciones patronales no se agota en éstas. De ahí que el operador jurídico siempre deberá tener en cuenta aquellos principios generales a la hora de estudiar, *a priori* o *a posteriori*, aquellas medidas que supongan un posible conflicto entre el Poder de Dirección y la Intimidad del trabajador.

a) Solicitud, Manejo y Mantenimiento de Datos en Costa Rica.

Durante varios años, y especialmente, a partir de la aparición de empresas dedicadas a la recopilación y comercialización de las llamadas Bases de Datos, surgió en Costa Rica la discusión en torno a la protección de la información personal de las personas.

Por un tiempo ampliamente reconocido empresas con esta naturaleza tuvieron libertad absoluta para el almacenamiento y posteriormente la venta de información de las personas, que principalmente recaía en aspectos crediticios y penales sobre las mismas, y que permitía a posibles acreedores, decidir sobre el futuro de relacionarse o no, con sujetos que tuvieran historiales negativos en tales Bases de Datos.

Debido a la inexistencia de una ley que regulara este tema, mediante diversas apariciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia limitó el ámbito de actuación de estas empresas, y asimismo, se estableció un régimen en nuestro país para el efectivo resguardo de los derechos de las personas relacionados con la información personal.

La regulación de ésta información, inicia mediante el análisis del llamado Derecho

a la Intimidad, o a la Privacidad de las personas, que ha desarrollado la Sala a través de los años, para culminar con una línea jurisprudencial concreta del mismo. En este sentido, en el Voto N° 2008-017086 de las diez horas y once minutos del catorce de noviembre del dos mil ocho, la Sala Constitucional señaló concretamente:

“Sobre el derecho de autodeterminación informativa. La Sala ha reconocido con anterioridad que la ampliación del ámbito protector del derecho a la intimidad surge como una respuesta al ambiente global de fluidez informativa que se vive. Ambiente que ha puesto en entredicho las fórmulas tradicionales de protección a los datos personales, para evolucionar en atención a la necesidad de utilizar nuevas herramientas que permitan garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué y cuáles circunstancias tiene contacto con sus datos [...] Se concede al ciudadano el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con él se pretende alcanzar, junto con el derecho de acceso, corrección o eliminación en caso el que se le cause un perjuicio ilegítimo.”

Como es posible observar, la vinculación entre el Derecho a la Intimidad y la protección de los datos personales, surge mediante una ampliación que realiza la Sala Constitucional del primero de estos elementos, como consecuencia lógica de la innovación tecnológica que le permite terceros obtener con gran facilidad información considerada de carácter personal.

La Sala ha defendido con recelo el tema de los datos personales, sentando precedentes importantes en cuanto a la información obtenida que rebasa el límite de la privacidad de las personas, ofreciendo así una protección constitucional al ámbito de intimidad de las mismas. Este tema actualmente es desarrollado mediante una Ley.

a.1) Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales. Principios Generales.

Tal y como se adelantó previamente, debido al incremento de asuntos relacionados con la protección de datos que surgían con el día a día de nuestro país, y a la gran cantidad de casos que llegaban a la misma Sala Constitucional, el legislador vio la necesidad de promulgar un régimen legal que regulara de forma directa el manejo de la información de datos de las personas. Por este motivo, el día 5 de setiembre del año 2011, fue publicada en el Diario Oficial, La Gaceta N° 170, la Ley N° 8968 o Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

No omitimos señalar que, en principio, esta Ley se encuentra dirigida a regular la actividad de aquellas empresas cuyo enfoque mercantil es la comercialización de Bases de Datos. Empero, al figurar dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense, no podemos dejar de lado su posible influencia en otras ramas del Derecho.

La Ley tiene por objeto, según su artículo primero, garantizar a cualquier persona el

respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada.

Dejando de lado aspectos meramente administrativos, resulta de gran importancia resaltar que la Ley realiza una categorización de los distintos tipos de información o datos que pueden relacionarse a una persona, dentro de los cuales encontramos la categoría de “Datos Sensibles”.

El artículo 3 inciso e), señala que son Datos Sensibles aquellos que sean información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.

Por otro lado, el artículo 9 de la misma señala que ninguna persona estará obligada a suministrar datos sensibles. Se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros.

La redacción de la Ley nos indica con claridad que el legislador ha querido otorgar a este tipo de información una naturaleza de absoluta privacidad, siguiendo al pie de la letra los lineamientos establecidos por la Jurisprudencia Constitucional, y afirmando una serie de principios generales relacionados con el tratamiento de la información sobre las personas en todo ámbito jurídico.

a.2) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en la Utilización de Datos del Trabajador e Instrumentos de Selección de Personal.

BRONSTEIN nos señala la inexistencia de controversia en el hecho de que "(...) los empleadores necesitan tratar un número relativamente importante de informaciones personales relativas a sus empleados, y aún antes, de los candidatos a un empleo con respecto a los cuales es lógico que deseen conocer el perfil profesional para evaluar si son aptos para el empleo para el que se los considera."³⁶

Como cualquier otra relación jurídica, la laboral inicia por una etapa precontractual, en la que ambas partes necesita obtener información suficiente y relevante para desarrollar la voluntad de contratar con la otra. Esta etapa no solo tiene una función generadora de confianza entre los contratantes, sino que también le permite al empleador conocer los aspectos objetivos del candidato al empleo y su suficiencia –*prima facie*– para cumplir con las especificidades del puesto.

Durante el desarrollo de la relación el empleador también tiene la obligación de reunir cierto número de datos personales sobre sus trabajadores con fines laborales y de recursos humanos, para conformar el denominado expediente laboral utilizado internamente.

La Sala Segunda, tal y como se dejó claro en su momento respectivo, ha señalado que el Derecho a la Intimidad es aplicable a la

persona inclusive en la esfera laboral, por lo que los empleadores deben abstenerse de realizar actuaciones que vulneren el ámbito de privacidad de sus trabajadores:

El derecho de intimidad constrañe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas..(El resaltado es nuestro) (Voto 2011-172)

Debido a esta línea jurisprudencial que se encuentra en pleno desarrollo, cuestiones controversiales pueden surgir en torno a la solicitud de datos a los empleados, la utilización que se le dé a estos datos y a los instrumentos de selección de personal. Siguiendo la predisposición establecida por ambas Salas, la Constitucional y la Segunda, así como los principios aportados por la Ley 8968 a la materia laboral, debemos mencionar que pueden existir determinados riesgos legales relacionados con la información de las personas, lo que no quiere decir que se agoten en los mismos.

i. Discriminación en la Contratación.

El artículo 622 de nuestro Código de Trabajo señala que todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando

reúnan los requisitos formales solicitados por el patrono o la parte contratante.

De tal forma, debemos mencionar que puede existir un determinado riesgo legal con la utilización de cuestionarios que soliciten *datos sensibles* si algún potencial empleado o candidato a un ascenso determinase que no recibió el puesto para el cual se está aplicando, en razón de sus respuestas en el cuestionario.

ii. Solicitud de Datos al Trabajador.

Asimismo, la recolección de información de los trabajadores puede presentar inconvenientes legales. Si durante la relación laboral existe la necesidad de solicitar datos a los empleados, es importante que se tenga en cuenta la existencia de cierta información de carácter absolutamente privado.

En caso de solicitarse información con esta naturaleza, la negativa a contestar las preguntas que soliciten *datos sensibles*, estaría legalmente justificada y no podría tener como consecuencia "sanción" alguna, ya que la misma Ley ha señalado que la existencia de aquella *información relativa al fuero íntimo de la persona* y que *ninguna persona estará obligada a suministrar*. Por este motivo, acciones patronales –*la aplicación de una medida disciplinaria*– podrían ser cuestionadas eventualmente.

iii. Utilización y Conservación de Datos.

La utilización de estos datos debería darse en relación directa para los fines para los que fueron solicitados. Sería directamente contrario al Principio de Buena Fe la utilización de datos con un fin contrario o distinto para el que fueron solicitados.

Del mismo modo, consideramos que la conservación de datos por un plazo que no sea razonable podría ir en detrimento de la intimidad del trabajador, si en ningún modo tal actuación se relaciona con la prestación laboral o con el fin para el que fueron solicitados los mismos.

iv. Despido Fundamentado en Datos Sensibles.

La información de carácter sensible puede llegar a manos de muchas personas, incluyendo representantes patronales o un patrono mismo. He aquí la importancia de conocer la naturaleza de la misma y las fuentes de las que proviene.

El despido, disciplinario o no, con fundamento en datos sensibles puede ser cuestionado en nuestros tribunales por considerarse una invasión a la intimidad del trabajador cesado.

b) Computadora y Correo Electrónico

El uso de computadoras y correo electrónico actualmente es parte de la vida cotidiana de la mayoría de personas en todo el mundo. Para nadie es un secreto el hecho de que dependemos de los mismos, tanto para nuestra vida personal como laboral.

La eficacia y simpleza de ambos ha sido ampliamente explotado por las empresas, y desde ya hace muchos años se le otorga a los trabajadores individualmente una computadora para el cumplimiento de sus tareas cotidianas y una cuenta de correo electrónico empresarial para las comunicaciones respectivas con compañeros de trabajo, superiores o subordinados y finalmente clientes o usuarios.

³⁶ Bronstein, A. (2008). "La protección de la vida privada en el lugar de trabajo". *Revista de Derecho del Trabajo*. 5 (1) : 65-99. Enero.

A pesar de ser instrumentos indispensables para la actividad laboral, tal y como señalan **PÉREZ DE LOS COBOS** y **THIBAUT ARANDA**, el uso irregular de una computadora o de una cuenta de correo, más allá de la evidente y generalizada disminución del rendimiento de los trabajadores, comporta otros perjuicios o riesgos para el empresario.³⁷ **AGUSTINA SANLLEHÍ** señala que «(...) la amplia difusión del acceso a Internet y al correo electrónico tiene, sin duda, efectos positivos que han elevado las posibilidades y capacidad de trabajo en la empresa. Sin embargo, al mismo tiempo que tales medios tienen consecuencias beneficiosas, implican también un evidente incremento de los riesgos de dispersión y absentismo laboral, en detrimento de la productividad.»³⁸

De ahí que la problemática que rodea este tema ha sido objeto de estudio en una innumerable cantidad de estudios.

La indiscutida naturaleza de “herramientas de trabajo” otorgadas a la computadora y cuenta de correo (en vista de ser propiedad del empleador) durante mucho tiempo ha sido el argumento principal para que un patrono pudiese verificar sin o con pocas restricciones la utilización que el trabajador hacía de ambos instrumentos.³⁹

No estaría de más intuir que, el costo que le supone a la entidad patronal la adquisición y mantenimiento de equipos informáticos (hardware y software) significa una inversión que espera necesariamente un retorno económico, proveniente precisamente del trabajo efectuado por el empleado que la utiliza. Su uso anómalo podría implicar pérdidas en distintas áreas tales como la depreciación del equipo sin el correlativo uso para el que fue adquirido, reparaciones en caso de acceso de malware y virus al sistema empresarial, pago salarial sin su correspondiente trabajo efectivo, posibles violaciones a los sistemas de seguridad de las empresas, etc.

Acertadamente, el profesor **THIBAUT ARANDA** recuerda que «(t)ener a los trabajadores navegando por la Red para divertirse, combinado con actividades que requieren ancho de banda, como streamings, descargas de ficheros MP3 o de video puede dificultar un tráfico fluido y reducir la seguridad del sistema informático (...) puede servir de cauce para la perpetración de actos irregulares e incluso ilícitos como el acceso a información reservada, la sustracción y/o revelación de secretos de empresa, la lesión de derechos de propiedad intelectual o la distribución de contenidos prohibidos por la

37 Pérez de los Cobos, F.; Thibault Aranda, J. (2008). “El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006).” *Revista Relaciones Laborales*, 6 (1): 549- 558. Abril.

38 Agustina Sanllehí, J. (2009). “Expectativa de privacidad en el correo electrónico laboral y prevención del delito (Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007).” *Revista La Ley Penal*, 63 (1): 77-103. Setiembre.

39 Recientemente, el Tribunal Constitucional Español, en su Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre de 2012 –*criticada severamente por la doctrina especializada*– señaló que «(...) en relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, puede afirmarse que la utilización de estas herramientas está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales.»

Ley. (...) Junto a lo anterior, un uso desviado del correo electrónico o de Internet puede llegar a deteriorar la imagen de la empresa (...)» ya que es evidente que «(...) si la dirección de correo es corporativa, esto es, corresponde al nombre o marca comercial de la empresa, el uso torticero de ésta puede comprometer(la) (...) cuando son mensajes de contenido soez.»⁴⁰

En este sentido, se ha argumentado por un lado la vulneración a la Buena Fe que presupone el uso extra laboral de los mismos, tomando en cuenta que se trata de herramientas de trabajo proporcionadas exclusivamente para el cumplimiento de las obligaciones laborales y por otro lado el perjuicio económico⁴¹ que este tipo de uso puede suponer para la entidad patronal.⁴²

b.1) Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de la Computadora y Correo Electrónico. Votos N° 15063 del primero de noviembre del dos mil cinco y N° 17380 del veintinueve de noviembre del dos mil seis de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, sin dejar de lado la problemática expuesta anteriormente, las tendencias doctrinales y jurisprudenciales se decantan por la protección del Derecho a la Intimidad del trabajador, protegiendo por lo tanto el

material que podría encontrarse almacenado en los discos duros de la computadora y la correspondencia personal realizada por medio de la cuenta empresarial, condicionando la verificación irrestricta que podría realizar un empleador.

En consonancia con lo anterior **FERNÁNDEZ VILLAZÓN** señala que debido al carácter personalísimo que caracteriza a la relación de trabajo, es decir el hecho de la incorporación completa (psíquica y física) del trabajador en el ámbito organizado por el empleador, las facultades de verificación –*control y vigilancia*– inciden necesariamente sobre la esfera personal del empleado y consecuentemente sobre sus derechos como persona. Lo anterior implica, según el autor aludido, que tales facultades del empleador han de contenerse dentro de determinados límites que reducirían su campo de actuación e impondrían una serie de requisitos para su ejercicio.⁴³

En el ámbito nacional, las sentencias de la Sala Constitucional N° 15063 del primero de noviembre del dos mil cinco y N° 17380 del veintinueve de noviembre del dos mil seis estudian casos en los cuales la actuación patronal se dirigió a la fiscalización de la computadora y correo electrónico de los recurrentes.

En los dos casos, la Sala estimó que el hecho de que el empleador le suministre el equipo de trabajo para el ejercicio de sus funciones,

40 Thibault Aranda, J. (2006). *Control Multimedia de la Actividad Laboral*. 1 Ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

41 **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI** opinan sobre el perjuicio económico que la mayoría de empresas cuentan con sistemas de abono o de pago global («tarifa plana» y similares) respecto de las compañías suministradoras de la comunicación (operadores telefónicos y análogos), de tal modo que, en sí mismo el gasto adicional que el comportamiento indebido de su trabajador le produce es despreciable, cuando no inexistente.

42 Sempere Navarro, A.; San Martín Mazzucconi, C. (2002). *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. 1. Ed. Navarra: Editorial Arazandi.

43 Fernández Villazón, L.. (2003) . Op. Cit. P. 35-36.

no excluye que el mismo contenga información personal, la cual está protegida por el derecho a la intimidad y específicamente su vertiente del secreto de las comunicaciones:

“En primer término, es preciso señalar que el correo electrónico y los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utilizaba la recurrente, aunque sea un bien público, están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y nunca podría realizarse un control de los mismos con garantías inferiores a las establecidas por el mencionado precepto. Asimismo, el hecho que la computadora sea propiedad del Ministerio de Comercio Exterior, no significa que la amparada haya renunciado completamente a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, por cuanto, como se indicó anteriormente, la garantía del derecho fundamental no depende de la titularidad del medio sino que es independiente de la titularidad del soporte (En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 1998 N° 872/1997, caso Lambert c. Francia). Los trabajadores no renuncian a la esfera de privacidad y a la protección de datos por ejercer una función pública, sino que, por el contrario, esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. En otros términos, la circunstancia que al funcionario o

empleado se le suministre un equipo para el cumplimiento y ejercicio de sus funciones -de propiedad de la Administración o empleador-, no excluye que el mismo sea soporte de información confidencial o personal cubierta por el secreto o reserva de las comunicaciones y, en general, por el derecho a la intimidad.” (Voto 17380-2006 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia)

b.2) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de la Computadora y Correo Electrónico.

La tesis general desarrollada anteriormente no significa que el empresario no pueda verificar el uso de la computadora o el contenido de los mensajes de correo electrónico, sino sólo que ha de aplicarse la correspondiente modulación de derechos fundamentales y poderes empresariales en la relación de trabajo.⁴⁴

En armonía con esto, se plantean situaciones de excepción. Por un lado, en el voto N° 15063 se señala textualmente:

“Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador – sea público o privado-, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones irregulares de los trabajadores o funcionarios

La apertura del empleador de los mensajes electrónicos de la cuenta del funcionario o trabajador sólo es justificable en circunstancias muy limitadas...”

Como se observa, esta resolución permite al empleador tener acceso a los mensajes electrónicos de la cuenta del funcionario en situaciones excepcionales. Debe tenerse en cuenta que enviar un mensaje desde la cuenta de correo electrónico de la empresa es como remitir una carta con membrete⁴⁵, siendo entonces lógico que el empleador esté facultado en determinados supuestos para evitar un uso inadecuado del correo electrónico por los trabajadores, siendo la única manera la comprobación del contenido de las comunicaciones.

Por otro lado, el Voto N° 17380 señaló expresamente que:

“...la información que eventualmente fuese recabada podía ser eventualmente utilizada en un procedimiento disciplinario en contra de la amparada, por lo que en respeto al derecho de defensa, se debió practicar dicha diligencia en presencia de la recurrente, para que además tuviese la oportunidad de proteger de terceros los documentos que además contuvieren información privada y uso confidencial”.

En este segundo caso no se prohíbe el acceder a la información de la computadora, sino que se hubiera hecho sin la presencia de la interesada.

Para enfrentar posibles conflictos en esta materia, es de mucha utilidad tener las reglas

del uso de las computadoras y de las cuentas de correo electrónico claramente definidas. Desde nuestro punto de vista, sería de mucho apoyo que el empleador ostente una política prohibiendo totalmente el uso de documentos e información personal en las computadoras de la empresa, así como el uso de la cuenta electrónica de la empresa a nombre personal, y si se desea, se puede prohibir igualmente el uso de cualquier otra cuenta que no sea la empresarial. Idénticamente puede proponer y mantener la prohibición de ver y bajar a la computadora, pornografía, fotografías, música, videos, etc..

De la misma manera, es muy importante el que cada empleado firme un documento en el momento de su contratación, en el cual manifieste su conocimiento y conformidad al hecho que la empresa monitoree el contenido de la computadora. Si bien es cierto debe entenderse que con la firma de documentos no renuncia a garantías constitucionales, lo cierto es que el conocimiento del trabajador reduce en gran cantidad posibles argumentaciones de abuso de la actuación patronal e incertidumbre en las reglas empresariales.

En los casos en que sea necesario detectar si el empleado ha quebrantado las políticas de la empresa, nuestro criterio es que se acceda a la información contenida en la computadora siguiendo los criterios expuestos. Teniendo vigente estas reglas, debe cuidarse que el trabajador afectado esté presente cuando se accede a la computadora y que exista una razón objetiva que resulte en aquella posible vulneración de la intimidad.

⁴⁴ Sempere Navarro, A.; San Martín Mazzucconi, C., Óp. Cit.

⁴⁵ Garvía Viña, J. (2001) «Relaciones laborales e Internet», RTSS CEF. No. 223. Citado por **SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI**.

c) Sistemas de Monitoreo: Intervención de Llamadas y Videograbación.

Con mayor asuidad vemos como las empresas en Costa Rica, con distintos motivos, instalan sistemas de monitoreo que de forma directa o indirecta, implican la verificación de las labores que está llevando a cabo el trabajador.

La utilización de estos sistemas de captación de imagen y sonido puede justificarse tanto por razones técnicas y productivas como por motivos de seguridad de personas y cosas⁴⁶ y es precisamente esta amalgama de circunstancias que se dan en cada centro de trabajo o empresa lo que lo que nos sitúa en una de las situaciones de mayor complejidad a la hora de encontrar un equilibrio entre los poderes empresariales de verificación y la privacidad del trabajador, y consecuentemente nos obliga a aplicar una metodología casuística.

Así, por ilustrar el comentario anterior, la grabación de video continua podría verse justificada en bancos, en la zona de cajeros y atención al público, pero no en una empresa de *call center* en la que la obtención de imágenes continuas de los trabajadores no tiene ningún fin objetivo relacionado con la prestación efectiva del trabajo convenido.

Una referencia más detallada a la Sentencia 172-2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se hace acá indispensable.

En el caso ventilado por ésta Sala, la empresa empleadora realizaba monitoreo y grabación de llamadas a sus empleados, lo que tuvo como resultante, que a una trabajado-

⁴⁶ Thibault Aranda, J. (2006). Óp. Cit.

ra se le cesara por hacer comentarios que deterioraban las relaciones interpersonales con sus compañeros. Cabe destacar que los hechos que dieron pie al despido fueron grabaciones de conversaciones que había mantenido con otra empleada de esa compañía.

Dado lo anterior, la Sala Laboral indicó que la empresa «(...) no tenía ningún interés real y objeto que justificara que las conversaciones entre la actora y la señora R. P. fueran grabadas, toda vez que ninguna de estas, fungía como operadora del servicio de “call center” que esa compañía daba (...), ni consta que hubiera habido advertencia alguna en ese sentido.» y para los Magistrados, «(e) l hecho que la empresa, a pesar de esa circunstancia, procediera a monitorear esas comunicaciones, no sólo constituyó un ejercicio abusivo de su potestad de control y dirección, sino también un flagrante quebrantamiento del derecho constitucional de intimidad del que gozaba la actora.»

c.1) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de Sistemas de Monitoreo.

Como ya se advirtió previamente, existe una mayor dificultad para establecer pautas de mayor especificidad que permitan un adecuado equilibrio entre el proceder empresarial y la privacidad de los trabajadores, ya que dependerá con mayor fuerza de las circunstancias concretas del lugar de trabajo.

Sin embargo, debe recordarse que la empresa debe apegarse a los Principios de Necesidad Objetiva, Proporcionalidad y

Comunicación si desea monitorear a su personal. En palabras de **FERNÁNDEZ VILLAZÓN**, el uso de sistemas de monitoreo ««solo debería existir allí donde las exigencias de la prestación del servicio, el proceso productivo o de la seguridad así lo aconsejen y no existan otros medios de control que permitan obtener los mismos resultados con un sacrificio menor de los derechos fundamentales en juego. No debería mantenerse, pues, la creencia de que el recurso de cámaras para el control de los trabajadores es prácticamente libre. Debe partirse, por el contrario, de la idea de que el recurso al mismo debe estar, en todo caso, fundado en razones objetivas.»⁴⁷

Asimismo, debe asegurarse de comunicar debidamente a los empleados sobre la aplicación de este sistema y del mismo modo, debe procurarse que no exista un control continuado e indiscriminado que excede de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Atendiendo al lugar de la instalación, sería evidentemente contrario al Derecho a la Intimidad, el hecho de que los mencionados instrumentos se hubiesen ubicado en dependencias donde no se desarrolla la actividad laboral propiamente dicha, como son los lugares de descanso o esparcimiento, aseos, vestuarios o comedores.

d) Privacidad y Uso de Redes Sociales.

DE LAS HERAS, citando a **NEGROPONTE**, señala que vivimos en una época en la que junto al espacio analógico o natural emerge

un nuevo espacio, el espacio digital, junto al mundo de los átomos, el mundo de los bits⁴⁸, metáfora que encuentra unas de sus principales aplicaciones en las Redes Sociales, uno de los instrumentos de comunicación y fraternización de mayor utilización en nuestra época y también causante de uno de los debates sobre conflictos labores más reciente.

Es importante destacar que, si bien no necesariamente el uso de Redes Sociales se ve relacionado con la Facultad de Verificación ejercida por el empleador que hemos venido tratando, su inexorable apajamiento con la tecnología y la protección de la privacidad hace necesaria una breve reflexión sobre el tema.

Tal y como ya hemos señalado en otros foros, las Redes Sociales han entrado a la vida de las personas de todo el mundo, y lo han hecho para quedarse. Estas herramientas, son utilizadas mayoritariamente por usuarios como parte de actividades de recreación y ocio, que le permiten a la persona en el fondo, la formación y sostenimiento de relaciones de cualquier naturaleza con sus semejantes, de forma sorprendentemente exitosa. El trabajador, como ser humano, no deja de lado el uso de estos espacios virtuales.⁴⁹

No obstante, también debe hacerse notar que «(l)a jurisprudencia y las aproximaciones científicas al uso indebido de Internet por parte de los trabajadores se han centrado principalmente en el análisis del uso que los trabajadores efectúan de las herramientas de la empresa para fines particulares (...)» y los conflictos que llegan a los tribunales «(...)

⁴⁷ Fernández Villazón, L.. (2003). Óp. Cit.

⁴⁸ De las Heras, T. (2010). Óp. Cit.

⁴⁹ Carro, Hernández, R.; Carro, Espinoza, G. (2012). Óp. Cit.

giran, por una parte, en torno a la cuestión de si el acceso a Internet para fines privados durante el tiempo de trabajo constituye o no un incumplimiento susceptible de ser sancionado con el despido y, por otra, en relación al debate sobre la facultad del empresario de acceder al ordenador que el trabajador utiliza con la finalidad de indagar sobre su uso efectivo.»⁵⁰

Lo anterior no significa que la indebida utilización de las Redes Sociales no haya empezado a tener repercusiones en el ámbito laboral, sobre todo en el espacio del Poder Disciplinario⁵¹, pero también en las etapas de precontratación, para determinar información de los candidatos a puestos.⁵²

Dicho esto, la cuestión primordial resulta ser la vinculación entre el Derecho a la Intimidad del trabajador y la verificación que pueda realizar el empleador de la utilización de las Redes Sociales que hagan los primeros.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto, muchas de las Redes Sociales tienen niveles de privacidad, permitiendo a sus usuarios controlar quién puede o no leer lo que se publica en ellas, también estas Redes contienen en sus formatos, aplicaciones que

permiten la comunicación entre usuarios de manera absolutamente privada. Esto quiere decir que, dentro de las comunicaciones que pueden realizarse, el usuario puede escoger, entre que el mensaje sea observado por la totalidad de sus “amigos” virtuales, o que el mensaje sea leído sólo por una o varias personas determinadas que no estén relacionadas del todo con su ambiente laboral.

Si el Derecho a la Intimidad tiene como pilar fundamental el deseo de que la información de esa persona no sea divulgada, en el momento en que la misma es publicada para que un cierto número de personas la vean, se está renunciando de hecho a este Derecho, y las consecuencias legales de tales manifestaciones pueden ser negativas para su remitente.

Ahora bien, cabe señalar que desde nuestro punto de vista, considerando que al realizar manifestaciones o “publicaciones” en una Red Social, éstas tienen un carácter de cierta publicidad, lo ahí exteriorizado o publicado no puede verse cobijado por el Derecho a la Intimidad y podría estar sujeto a sanciones disciplinarias, pero se coincide con **NÚÑEZ ABOITIZ** cuando indica que si el trabajador opta por dotar de la máxima privacidad a las

50 Núñez Aboitiz, V. (2012). Uso extralaboral de Nuevas Tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral. Revista Relaciones Laborales, No 13, Sección Doctrina, Julio.

51 Ver Carro, Hernández, R.; Carro, Espinoza, G. (2012). Redes Sociales y el Despido Sanción. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. No. 9. 117-124. Enero; Núñez Aboitiz, V. (2012). Uso extralaboral de Nuevas Tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral. Revista Relaciones Laborales, No 13, Sección Doctrina, Julio y Mello, J. (2012). Social Media, Employee Privacy and Concerted Activity: Brave New World or Big Brother? *Labor Law Journal*, Vol. 63, No. 3.

52 De acuerdo con **MELLO**, una encuesta realizada por la *Society for Human Resources Management* en 2011 a ejecutivos de recursos humanos, encontró que 18 por ciento de las organizaciones estaba usando sitios de redes sociales para obtener información, en lugar de contratar, a sus solicitantes de empleo. De este grupo, 15 por ciento estaban usando la información obtenida a través de motores de búsqueda para descalificar candidatos y el 30 por ciento había utilizado la información encontrada en los sitios de redes sociales para descalificar a el postulante. Asimismo, un estudio más general encontró que el 95 por ciento de los empleadores admitió el uso de sitios de redes sociales para descubrir más información sobre los candidatos, y una tercera encuesta encontró que el 45 por ciento de los empleadores utilizan en la investigación de sus candidatos sitios de redes sociales como parte de la evaluación rutinaria.

informaciones contenidas en su perfil de la red social sería posible discutir el acceso de la empresa, ya que éstas serían únicamente accesibles por el trabajador.⁵³

d.1.) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de Redes Sociales.

No omitimos mencionar que debido a la falta de sentencias de los Tribunales, que nos permitan tener clara su posición en cuanto al uso de Redes Sociales, la normativa que la propia empresa dicte será el punto central del debate, si algún caso llegara a juicio, y por lo tanto será el fundamento para cualquier debate legal. Ahora bien, entendemos que serán los propios jueces los que determinen en última instancia, la legalidad de este tipo de políticas, de ahí la importancia de apegarse a los principios generales expuestos en este escrito para encontrar un balance entre los intereses empresariales y los Derechos Fundamentales de los empleados.

Si bien basado en el Poder de Dirección el empleador puede prohibir a sus empleados el uso de Redes Sociales durante la jornada laboral de una manera válida y apegada a derecho, no puede controlar ni prohibir el ingreso a estas Redes una vez concluida la jornada.

Consideramos que si se han puesto reglas de una forma clara y concreta, será posible que los trabajadores eviten actuaciones merecedoras de una sanción laboral, y en caso contrario le permitirá al empleador proceder a la imposición del régimen disciplinario a aquel trabajador que, fuera de

53 Núñez Aboitiz, V. (2012). Óp. Cit.

horas laborales, cometa alguna infracción a las políticas de la empresa de esta índole, en el tanto y en el cuanto el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas.

V- Comentarios Finales.

No existen fórmulas mágicas o ajustadas para la correcta resolución de conflictos cuando del Derecho se trata. Esta afirmación se ve solo robustecida cuando nos referimos la Derecho del Trabajo, y sobre todo a su relación con Derechos Fundamentales, debido al factor humano que está en juego.

El tema expuesto en este artículo, lejos de considerarse totalmente explorado, solo irá adquiriendo complejidad con el devenir de los tiempos y la paralela modernización de los aspectos tecnológicos que el día de hoy reinan nuestras vidas, y por su puesto los centros laborales.

No queda margen de duda cuando se señala la debida y necesaria protección de los derechos fundamentales del trabajador, siempre con la intención de evitar retornos a aquellas manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho, de acuerdo al Tribunal Constitucional Español.

Existiendo tanto en nuestra Constitución Política como Código de Trabajo suficientes recursos normativos, es deber del operador jurídico realizar adecuadas interpretaciones, que por un lado cobijen de forma idónea al empleado, y por el otro le permitan al empleador actuar conforme a las necesidades empresariales que así lo requieran.

INFLUENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA E INSTANCIAS SUPRANACIONALES EN LA TUTELA PENAL DE LA VÍCTIMA, EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL(*)

Prof. Dra. Dra. h.c. Silvia Barona Vilar

I- De la víctima ausente a la víctima presente

La larga historia del derecho penal y del proceso penal arrastra una palmaria ausencia de la víctima, fruto de una concepción ideológica política, y en gran medida religiosa, que impregnó siglos y siglos el significado mismo de la respuesta social penal. El transcurso del tiempo y muy probablemente los movimientos gestados en favor de las víctimas han propiciado un cambio tímido en sus orígenes, sobre la década de los años setenta, si bien poco a poco consolidado, en gran medida fruto de los impulsos que desde instancias supranacionales se han efectuado, dando lugar a la adopción de medidas que favorecen la incorporación de la víctima en el modelo de justicia penal moderno.

Se ha venido reiterando en la doctrina que una de las conquistas de la civilización en el ámbito procesal fue la consagración de la división de la tutela, según se tratara de conflictos interpersonales, con intereses privados, en los que las partes en el proceso eran las afectadas; y aquellos conflictos en los que los intereses sociales sustitúan a los particulares, produciéndose una expropiación de sus derechos por el Estado. En el primer caso las partes eran las dueñas del proceso, mientras que en el segundo, las partes directamente afectadas no existían, y en su lugar se hallaba la sociedad y así desapareció el propio concepto de “conflicto” o “disputa”, al producirse la “expropiación del conflicto” por parte del Estado¹. Se ponía fin a la concepción medieval de la llamada “edad de oro de la víctima”, en la que ésta

* Catedrática de Derecho Procesal, Universitat de Valencia

¹ Redactado en el marco de los proyectos PROMETEO 2010-095(GV) y DER 2010-17126 (MICINN). HIGHTON/ÁLVAREZGREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Editorial AdHoc, 1998, p. 41, en la que estos autores manifiestan: “La idea de protección de bienes jurídicos que rige en el derecho penal consiguió reservar a favor del Estado demasiados ámbitos de poder de la víctima, al convertirlo en titular del conflicto: es que el concepto “bien jurídico” establecido por la doctrina penalista objetivó a la víctima, y así el derecho penal se pudo dedicar a su “protección”, a la protección de aquello que está más allá del daño real provocado a una persona y al control de los comportamientos que hacen peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. En consecuencia, el conflicto quedó reducido a la relación Estado-súbdito; y en la versión procesal, a la persecución estatal-imputado. El desarrollo de la noción de bien jurídico contribuyó así a distanciar a la víctima de los órganos de justicia, pues la ley comenzó a ofrecer protección a favor de una entidad abstracta y no de un individuo”.

era la que asumía la reacción frente a las conductas delictivas (fuere ella o en su caso sus próximos); fue este el período de la venganza privada, en la que no existía diferenciación entre el derecho privado y el derecho público.

Esta expropiación estatal no fue, sin embargo, sino el resultado de una larga tradición histórica, dado que, en sus orígenes, a la sociedad, comunidad, organización política en suma, no le interesaba la persecución penal, sino que era el mismo ofendido el que instaba de las instancias oportunas la persecución de los delitos. Era la manera algo más avanzada de una situación que se hacía insostenible, a saber, la venganza privada de la víctima o de sus allegados, quienes respondían con el *ojo por ojo diente por diente* o a través de la denominada Ley del Talión, que fue poco a poco dejando paso a una idea evolucionada de venganza, consistente en que los intereses personales se sustituían por los sociales, dando lugar a lo que podría denominarse como la venganza o revancha social; en suma, la justificación de la reacción social frente a la realización de determinados comportamientos que eran socialmente indeseables.

En la época medieval las ofensas se solucionaban mediante un tercero informal que intervenía entre víctima y victimario, y quien determinaba qué y cuánta reparación y controlaba que se efectuasen efectivamente los cumplimientos de la misma. Curiosamente cuando el amo feudal tomaba conocimiento de los pagos, exigía una participación del mismo, si bien no lo hacía personalmente, sino a través de un tercero, el “fiscal”, que intervenía en el proceso para recoger el porcentaje correspondiente para su amo;

de ahí la denominación del “crimen contra el Estado” y la responsabilidad hacia el Estado bajo la denominación de las multas². Poco a poco el Estado (comunidad) fue asumiendo la monopolización de la persecución de los comportamientos indeseables y, por ende, de la determinación e imposición, en su caso, del castigo pertinente. Con ello se fue dando paso a la consolidación de la acción pública, convirtiéndose el sistema penal en un instrumento del control estatal directo, y dedicándose un órgano específico a la promoción y desarrollo de la acción penal, cual fue el Ministerio Fiscal. Lógicamente todo ello vinculado a la configuración de la pena estatal como instrumento de control de los súbditos y, con ello, como manifestación coactiva estatal. Así, fue ganando terreno hasta afianzarse la idea de que los delitos se cometen contra el Estado y contra la sociedad y por ende son éstos los que deben reaccionar frente a las afrentas, aún cuando sean una o varias las personas directamente afectadas por el hecho. Con esta idea se fue conformando el sistema de persecución pública en manos del Fiscal.

La víctima fue desdibujándose en la persecución penal, ora por la evolución del modelo jurídico penal, ora por falta de interés de la misma en la persecución de los hechos –obviamente incentivada por una cultura jurídica que poco la integraba-, al abandonarse su posible reparación en el proceso y propender hacia la aplicación de la consecuencia jurídico-penal únicamente. Empero la teórica reparación del daño es solo una pequeña parte de lo que las víctimas necesitan.

Un dato especialmente significativo ha sido la falta de concreción conceptual que histórica-

mente se ha tenido al denominar a las víctimas. Se han empleado indistintamente conceptos como sujeto pasivo³, perjudicado, agraviado y víctima, como si de lo mismo se tratase –que puede en ocasiones concurrir, o no, en la misma persona-. El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal bajo la cual la acción u omisión objeto del proceso se subsume, siendo por ello el titular del bien lesionado o puesto en peligro por el delito. El perjudicado es sólo el que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo pudiendo ser, en caso de homicidio, por ejemplo, un familiar de la víctima difunta. En suma, es posible emplear como figura genérica “víctima”.

En la década de los años setenta –aun cuando sus orígenes se remontan a los años cuarenta en EEUU y Canadá- se inicia un interesante movimiento tendente al “redescubrimiento” de la víctima, luchando contra lo que durante siglos se consideró como vivir en una *nada (vacío) legal*⁴. Aun cuando este movimiento se gesta esencialmente en los países anglosajones, va extendiéndose poco a poco a la mayor parte de los países europeos, que poco a poco van reivindicando un paso de la *ausencia* a la *presencia*. Ese movimiento se denominó *Victimology*⁵, siendo uno de sus principales objetivos científicos el “redescubrimiento” de las víctimas⁶. Las diversas posiciones mantenidas y las posibles

3 En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, G., “La víctima y el Derecho Penal”, en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 16, considera que “la misma denominación “sujeto pasivo” tiene un perfume inevitablemente “bilateralista” e “individualista”, como si el delito pudiera compararse con un negocio civil o una relación de obligación tributaria. Pero en todo caso, la del sujeto pasivo del delito era y es una estrechísima manera de referirse a una potencial persona o personas que pueden llegar a verse atrapadas en el suceso criminal”.

4 En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, al que se refiere FATTAH, E.A., “From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change”, en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45. Se tradujo al alemán este mismo término como *rechtlichen Nichts*, al que se refiere KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.

5 Se vino considerando que los padres de la misma fueron, por un lado, VON HENTIG, H., *The Criminal and his Victim. Studies in the Sociobiology of Crime*, New Haven, Yale University Press, 1948, junto a Benjamín Mendelsohn (*The Origin of the Doctrine of the Victimology*, 1963).

6 Hubo quien en la doctrina ha sostenido el denominado *ius puniendi* de las víctimas, entendido como manifestación del derecho de acción penal, o lo que es lo mismo, el derecho a poner en marcha el proceso para ejercitar el derecho al castigo del culpable, mas allá del reconocimiento actual que se efectúa en nuestro ordenamiento jurídico del denominado *ius accusandi*, que es más restrictivo que el *ius puniendi*. Esta posición defensora del derecho de la víctima al castigo del autor del hecho se ha venido sustentando sobre los textos penales cuando se proclama el derecho de la víctima a perdonar de forma excepcional determinados delitos, lo que puede interpretarse en el sentido de que la víctima ostenta “cierto poder sobre el ejercicio del *ius puniendi*”, ora porque puede renunciar a la persecución de ciertos delitos que exigen instancia de parte, ora por el perdón. Incluso se ha sostenido que ese reconocimiento, siquiera fuere implícito, puede encontrarse en los textos internacionales y en algunas Constituciones, referido esencialmente al deber de castigar o si cabe el de legislar por los Estados para que se castiguen a los culpables de la comisión de hechos causados contra las víctimas, interpretándose como un derecho en relación con la exigibilidad de tipificación de determinadas conductas, siempre dentro del marco internacional que exige que las sanciones sean adecuadas, proporcionadas y disuasorias; algo así como el posible reconocimiento de la existencia de un deber internacional del Estado de castigar efectivamente determinados delitos. Posición ésta que implica, ante el incumplimiento del deber estatal, la pertinente responsabilidad internacional del mismo, que, hoy por hoy, no es asumible en el contexto internacional. Esta posición ha sido mantenida por SILVA SANCHEZ, J.M., “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho penal del Siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2008, pp. 357-358, quien considera además que ese reconocimiento del posible perdón de la víctima no es tanto una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.5 CP) cuanto una causa de exclusión de la responsabilidad criminal, dado que la responsabilidad todavía no se halla declarada al no haberse dictado sentencia.

2 HIGHTON/ÁLVAREZGREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, p. 43.

coordinadas que las mismas ofrecen han supuesto un enriquecimiento esencial en el panorama penal que nos lleva a afirmar que toda cautela es poca, de manera que, frente a una posición reivindicadora de la posición de la víctima, hay que evitar el efecto pendular que lleve a la desaparición de lo público en la aplicación del derecho penal. Así, ALBRECHT considera nefasta la idea de la liberación de responsabilidad por parte del Estado, que lleva a fomentar el derecho a la autodefensa, generándose un sistema semi-estatal privado de justicia penal, en el que el control social es situado en la vanguardia del delito y todo ello converge hacia una indiferencia por los derechos fundamentales. *El estado, continua este autor, y las partes privadas van juntas como mecanismos para adaptarse con material proveniente del control preventivo. El discurso de la víctima enfrenta muchísimos problemas de legitimación política de tal desarrollo: el estado ejerce poder pero intenta oscurecer su ejecución con ayuda del discurso sobre la víctima...la privatización es solo un medio para crear más –incontrolable- Derecho penal. En este proceso, la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles*⁷.

Se trata, sin embargo, de alcanzar un replanteamiento de la posición de la víctima en el sistema penal en su conjunto, tanto en el

ámbito penal material como en el procesal⁸, ya desde una mayor intervención en el proceso penal –y no solo cuantitativamente hablando sino también cualitativamente- como a través de la incorporación no solo de *lege data* sino también *de lege ferenda*, de otras vías de tutela penal como puede ser la mediación, en la que se hace totalmente imprescindible la intervención de las víctimas.

II- El impulso desde las instancias supranacionales, en especial desde la Unión Europea

Ni que decir tiene que si bien los movimientos sociales e ideológicos fueron esenciales para el nacimiento de corrientes de opinión que incorporaron interesantes debates en torno al papel de la víctima y su posible recuperación en sede penal, todos estos influjos se dejaron sentir en foros internacionales y supranacionales. En este contexto la necesidad de pensar en la víctima en el modelo de justicia penal de los Estados ha generado propuestas de interés que pasan por medidas de justicia restaurativa y que incorporan procedimientos de conciliación y mediación, que permiten equilibrar los intereses individuales en juego en la justicia penal, los de las víctimas y los de los victimarios, sin renunciar a la defensa de los intereses sociales.

7 ALBRECHT, P-A., “La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal”, en la obra colectiva *La víctima en el sistema penal* (SCHUNEMANN/ALBRECHT y otros), ct., pp. 56-58.

8 El discurso dogmático que nos ha presidido de forma cuasi-omnicomprensiva a lo largo del Siglo XX se ha caracterizado por una preocupación obsesiva y diríamos que unilateral –probablemente motivada por un arrastrado estigma de complejo derivado de las consecuencias reaccionarias de los estados totalitarios de esa época- por defender las garantías del imputado en el marco de la tutela penal; olvidándose, en todo caso, de que es perfectamente asumible el equilibrio que lleve a la defensa de los derechos del imputado y a la garantía de ofrecimiento de posible respuestas –plurales y que entrarían en un amplio abanico que iría desde la opción por la pasividad hasta la asunción de una posición totalmente participativa- a las víctimas, como implicadas inevitablemente en el “hecho” criminal.

En línea con lo expuesto han sido diversas las acciones desarrolladas en el seno de Naciones Unidas, en el Consejo de Europa y en el marco de la Unión Europea. A ellas vamos a referirnos:

1.- Un punto de partida importante fue el VI Congreso de la *ONU* para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente que se celebró en Caracas, recomendándose a los estados miembros la elaboración de las directrices necesarias para el tratamiento de las víctimas desde el orden internacional, lo que llevó a que en el VII Congreso para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Milán, agosto-septiembre 1985), se recomendara a la Asamblea General la publicación de la declaración, a partir de la cual se ha visto en la doctrina un cambio en la posición de la víctima, volviendo a considerarla como una de las dos partes en el conflicto⁹.

Dicha declaración se aprobó a través de la *Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985*. Se dice que esta declaración fue el punto de inflexión en virtud del cual las víctimas dejaron de ser las grandes olvidadas del sistema de justicia¹⁰. Se reconocen los derechos de información, participación, asistencia, protección y reparación/indemnización. Precisamente y en relación con este último derecho -reparación e indemnización-, se prevé que los delincuentes o los terceros responsables de su conducta deban resarcir de forma equitativa a las víctimas, a sus familiares y a aquellas personas a su cargo.

Y se hace referencia al contenido de este resarcimiento, que puede consistir en la devolución de los bienes o el pago por los daños sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos, todo ello sin perjuicio de la posible consideración de que se considere el resarcimiento como sanción penal en la sentencia (art. 9). Y en defecto de este resarcimiento privado, si no es suficiente la indemnización, se prevé que la misma se cubra con cargos públicos (arts 12 y 13).

Ahora bien, la situación en el marco de las Naciones Unidas puede encontrar un punto de partida previo, dado que en textos internacionales anteriores ya se hacía sentir ese punto de inflexión que permitía prever un cambio inmediato. Así:

En primer lugar, la *Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945*, en cuyo artículo 34 (Capítulo VI) se enumeran para la resolución de controversias “*la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección*”.

En segundo lugar, la *Convención sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984*. En el artículo 14 dispone: “*Todo Estado velará porque su legislación garantice a la víctima...la reparación y el Derecho a una indemnización justa*”.

9 Puede verse en relación con esta cuestión, FATTAH, *Victimology: past, present and future*, en *Criminologie*, volumen 33, nº 1 (2000), *La Victimologie: quelques enjeux*, Les presses de l'Université de Montreal, p. 26. Asimismo, LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 62 y ss; y TAMARIT SUMALLA, J.M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 166 y ss.

10 VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora...*, cit., (con TAMARIT SUMALLA), p. 167.

Y, en tercer lugar, *Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder*, que en sus artículos 4, 5, 6 y 7 se expresa con contundencia. Así: El artículo 4 disponía: “*las víctimas...tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño sufrido*”; El artículo 5: “*se establecerán o reforzarán cuando sea necesario, los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procesos oficiales u oficiosos, pero costosos y accesibles*”; el artículo 6: “*Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas*”; y finalmente el artículo 7: “*Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas*”.

2.- El siguiente hito se produce en el seno del Consejo Europa, mediante la *Resolución (77) 27, sobre indemnización de las víctimas del delito, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977*. Fue la antecesora del *Convenio europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983*. Se prevén diversos sistemas de indemnización pública para las víctimas de delitos internacionales de violencia cuyo autor sea desconocido o carezca de medios para poder hacer frente a la misma. Se pide a los Gobiernos de los Estados Miembros que fomenten que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, convirtiéndose ésta en medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

Un año anterior se había aprobado la *Resolución (76)10, de 9 de marzo, sobre*

medidas alternativas a la pena privativa de libertad. En ella se recomendaba examinar nuevas medidas de sustitución frente a las penas de tal naturaleza, citándose a título de ejemplo el trabajo en beneficio de la comunidad, beneficioso para el delincuente, en cuanto le permite purgar su sanción al servicio de la comunidad, y también lo es para la comunidad misma, al contribuir activamente a la resocialización del delincuente, aceptando el trabajo benévolo. Y, por supuesto, la misma aprobación del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en 1950*, que asume como procedimiento para el buen funcionamiento de su sistema de garantías el de la mediación.

3.- Destaca a este respecto la *Recomendación núm (83)7, de 23 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, que aconseja a los Gobiernos de los Estados Miembros que fomenten la discriminación y medidas posibles para su adopción, especialmente en relación con los jóvenes delincuentes, referenciándose como sustitutiva de la pena privativa de libertad la posible reparación a la víctima. Y se orienta a potenciar en la medida de lo posible la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, considerada como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad.

4.- Poco después se aprueba la *Recomendación núm R (85)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho Penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985*, que recomienda a los Gobiernos de los Estados Miembros examinar las

posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación, con participación activa y voluntaria del delincuente y la víctima, y la ayuda de una tercera parte imparcial, el mediador. Y en este sentido esta Recomendación incide en la reparación e indemnización como vías de compensación a la víctima, haciendo referencia a la posibilidad de que la misma pueda imponerse como sanción penal, en cuyo caso será ejecutada del mismo modo que las multas, teniendo prioridad sobre cualquier otra sanción pecuniaria impuesta al delincuente, e incidiendo en que la información acerca de los daños y pérdidas sufridos por la víctima deben considerarse a los efectos de determinar la forma y cantidad de la sanción en la sentencia.

5.- Merece destacarse igualmente la *Resolución 16ª del VII Congreso de la ONU de 1985 y las Reglas mínimas sobre medidas privativas de libertad o Reglas de Tokio, aprobadas por Resolución 45/110, de 1990, sobre restitución como una medida no privativa de libertad*. Se pide la consideración, a la hora de dictar sentencia, de los intereses de las víctimas.

Y en la Resolución 40/34, en su párrafo 5º disponía: “*se establecerán y reforzarán mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean rápidos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante estos mecanismos ...Se utilizarán cuando procedan mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluida la mediación, a fin de facilitar la conciliación y reparación a favor de las víctimas*”.

6.- La *Recomendación núm R(87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización de 17 de septiembre de 1987*, que recomienda a los Estados Miembros favorecer a las víctimas y sus familias, en especial las más vulnerables, una ayuda urgente para afrontar las necesidades más inmediatas, y asimismo se refiere a los derechos de las víctimas, entre los que de nuevo se hace referencia a la obtención de la reparación efectiva del perjuicio sufrido por parte del propio delincuente, aseguradores o cualquier otro organismo, y cuando sea posible, una indemnización del estado. Para garantizar la asistencia a las mismas se pretende que los Estados impulsen la creación, soporte y desarrollo de servicios orientados a la prestación asistencial de las víctimas, que impulsen el voluntariado, incrementen el gasto en servicios médicos y generales, impulsen la coordinación entre los servicios asistenciales públicos y privados, fomenten la creación de organizaciones nacionales que tengan por finalidad tutelar los intereses de las víctimas y adopten políticas e impulsen programas de mediación entre el infractor y la víctima.

Y asimismo quedaría complementada con la *Recomendación núm R(87)18, sobre simplificación de la Justicia Penal*, que recomienda a los Estados miembros potenciar la aplicación de los principios de discriminación y de intervención mínima; adoptar medidas que favorezcan la simplificación de asuntos menores; y evitar, en la medida de lo posible, la intervención judicial en primer término. Para todo ello se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el

autor y la víctima, cuando concurren las condiciones acordadas.

7.- Recomendación núm R (92)16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, que considera que las sanciones y las medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión, cumpliéndose con ello un fin de desarrollar el sentimiento de responsabilidad para con la sociedad y, particularmente, con la víctima.

8.- El 2 de octubre de 1997 se aprueba el *Tratado de Ámsterdam* y sus disposiciones para la creación de un nuevo espacio judicial europeo, a partir del cual se aprobó el Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado el 11 de diciembre de 1998. En el mismo, además de contener varias referencias a las víctimas, se refiere a la necesidad de realizar un estudio comparativo de sistemas de compensación para estudiar la viabilidad de incluir un sistema a escala de la Unión.

9.- En 1998 se aprueba en Roma, en el marco de Naciones Unidas, el estatuto de la *Corte Penal Internacional*, que contienen determinadas disposiciones altamente protectoras de las víctimas, entre las que cabe destacar los artículos 43.6, referidos a la existencia de una dependencia de víctimas y testigos dentro de la Secretaría de la Corte, el artículo 68.2 y siguientes, referido a la posibilidad de por protección a estos, celebrar las sesiones a puerta cerrada o presentar pruebas por medios electrónicos,

entre otras, o la posibilidad de ser oído y hacer observaciones las víctimas en la fase de juicio oral (art. 67.3) y también en relación con la reparación e indemnización los artículos 75 y 79 prevén disposiciones para la reparación e indemnización de los daños, pérdidas y perjuicios causados a las víctimas y causahabientes, así como la creación por parte de la Asamblea de Estados Partes de un fondo fiduciario en su beneficio, que pudieran estar integrados por sumas o bienes recibidos a título de multa o decomiso.

10.- El 23 de mayo de 1999 la Comisión presentó la *Comunicación al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social, sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y Medidas*, que abordaba no sólo la posible indemnización sino también otras cuestiones tales como la prevención de la persecución, la ayuda a las víctimas, la posición de las víctimas en el proceso penal –tratándolas con respeto y dignidad, garantizándoles la protección de su intimidad y seguridad, la adopción de medidas para prevenir los riesgos de su victimización secundaria y el estudio de las ventajas que pueda ofrecer la mediación en causas penales-. Esta Comunicación sostiene que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal. Precisamente, sobre la base de los contenidos de esta Comunicación, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en octubre de 1999, incluyó entre sus conclusiones la número 32, referida a la necesidad de elaborar unas normas mínimas para la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las

víctimas a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, incluidas las costas judiciales, además de la necesidad de crear programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección a las víctimas¹¹. Y asimismo en su punto 30º se refería, en el marco de la mejora a la accesibilidad de la justicia en Europa, a que los *Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos*.

El *Parlamento europeo*, el 25 de abril de 2000 emitió un informe favorable a la Comunicación mencionada, en la que asumía favorablemente la aplicación del estatuto de la víctima, y sus derechos, a todos los residentes en el territorio de la Unión Europea que fueren víctimas de delitos, e insiste en que las ayudas a las víctimas no pueden reducirse a meras compensaciones financieras.

11.- Recomendación núm. R(99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación en materia penal, que establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal. Es uno de los textos más simbólicos en el ámbito que nos ocupa, junto con la Declaración de principios básicos de la ONU sobre el uso de la Justicia Restaurativa dentro de los procesos penales de 13 de abril de 1999, dado que se pretende ubicar este movimiento en la lucha por los derechos humanos, en especial de los sujetos que intervienen en materia penal, víctimas y victimarios, y con especial referencia a los casos en los que son los menores los que se hallan involucrados. Se hace referencia

a la voluntariedad, a la confidencialidad, regulación legal de la mediación, autonomía respecto del proceso penal, establecimiento de guías o pautas en mediación, configuración de un servicio de mediación, mediadores, formación, etc. Prácticamente se viene a recoger cuantos elementos posteriormente se hacen necesarios para regular un modelo de mediación nacional.

12.- Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal, en la que se pidió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estudiara la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restitutiva.

13.- Resolución de Naciones Unidas 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de paz. El artículo 1 de la misma proclama: “Una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida basados en...d) el compromiso con el arreglo pacífico de conflictos”. Asimismo, lo complementa lo que dispone en el artículo 3: “El desarrollo pleno de una cultura de paz está integralmente vinculado a:...a) La promoción del arreglo pacífico de conflictos”.

14.- EL X Congreso sobre Prevención del delito y tratamiento de la delincuencia, de abril de 2000, celebrado en Viena. En él se estableció la necesidad de que el concepto de Justicia Restaurativa debía ser un elemento fundamental de los debates sobre responsabilidad y equidad respecto a los delincuentes y a las víctimas en el proceso

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora*, cit., p. 183.

penal de justicia. Así el proceso restaurativo se ofrece como una alternativa a las modalidades establecidas de enjuiciamiento y castigo.

15.- Resolución 14/2000, de 27 de julio, titulada “*Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia reformativa en materia penal*”, en la que el Consejo pidió al Secretario General que solicitara observaciones de los Estados Miembros y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como de los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, sobre la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal, incluida la conveniencia de elaborar un nuevo instrumento con ese fin, teniendo en cuenta los compromisos internacionales existentes con respecto a las víctimas, y en particular la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

16.- La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹², durante la presidencia portuguesa. Su objetivo lo constituyen la mejora de la protección jurídica de los derechos de las víctimas, así como el ofrecimiento de una asistencia integral a través de servicios especializados y organizaciones de apoyo. Y para ello establecen la necesidad de

que los Estados miembros vayan poco a poco incorporando en sus respectivos ordenamientos nacionales, disposiciones legislativas y administrativas para garantizar a las víctimas el reconocimiento de los derechos consagrados en el estatuto. Merece destacar que el artículo 10 dispone: los Estados Miembros “*procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*” y “*velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales*”. Por su parte, el artículo 17 dispone que los Estados Miembros mantendrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 10, antes del 22 de marzo de 2006. Esta Decisión pretendía otorgar un trato integral y articulado de las necesidades de la víctima, evitando soluciones parciales o incoherentes que pudieran llevar a una victimización secundaria, obviamente desde la necesaria armonización de las normas y de las prácticas de los diversos estados miembros en lo atinente a la observancia de los principales derechos de las víctimas, sin que ello implique la obligación de garantizar a las víctimas un trato equivalente a las partes en el proceso. De ahí que se insista en la organización del estatuto de las víctimas en torno a cuestiones como la información, la participación, la asistencia, la protección y la reparación-indemnización¹³.

¹² Interesante libro que aborda el estudio de esta Decisión y en general la normativa europea sobre la protección de víctimas especialmente vulnerables es el de *Código de Buenas Prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables. Menores y víctimas de violencia de género*, coord. ARMENTA DEU, T., (AAVV), Colex, 2011.

¹³ Puede verse TAMARIT SUMALLA, J.M., “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?” en TAMARIT SUMALLA, J.M., (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 35 y ss.

Los Estados miembros debían transmitir a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión, en este plazo –había otros para el cumplimiento de otras recomendaciones pero el de 2006 lo era para la mediación-, el texto de las disposiciones que incorporasen a su ordenamiento jurídico nacional las obligaciones que se imponían en la Decisión marco, debiendo el Consejo en el plazo de un año a partir de los determinados plazos, evaluar las medidas adoptadas a tal fin, sobre la base del informe elaborado por la Secretaría General, que contaría con los textos de los estados miembros y con un informe escrito de la Comisión cuya elaboración se prorrogó hasta el 25 de marzo de 2003¹⁴; este informe está basado en el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo. Por esa razón se ha producido un retraso en el calendario establecido.

17.- Libro Verde sobre indemnización a las víctimas de delitos, de 28 de septiembre de 2001, presentado por la Comisión a partir de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere¹⁵. Se centró en el ámbito de las indemnizaciones estatales, analizando las diversas formas vigentes en los estados miembros. A partir de aquí determinó los tres objetivos en que debería centrarse la futura acción comunitaria en este ámbito: en primer lugar, la necesidad de garantizar que las víctimas puedan obtener una indemnización estatal en la Unión; en segundo lugar, adoptar las medidas necesarias que limiten los efectos injustos derivados de la concurrencia de diversos modelos de indemnización en los estados miembros; y en tercer lugar, facilitar

a las víctimas el acceso a la indemnización estatal en situaciones transfronterizas, garantizándoles que su derecho no se vea influido significativamente por el lugar donde se perpetre el delito.

Los efectos no se dejaron sentir. Por un lado, el Dictamen favorable del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde, de 27 de mayo de 2002, incitando a la aprobación de una Directiva para el desarrollo de los tres objetivos expuestos. Y posteriormente el Parlamento Europeo en su resolución sobre el Libro Verde, de 24 de septiembre de 2002, también acogió favorablemente la iniciativa de la Comisión, insistiendo en la necesidad de adecuar las diversas vías de indemnización nacionales y de establecer sistemas mínimos de indemnización estatal a su favor.

18.- Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad. La Justicia Restaurativa.

19.- Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales, de 18 de abril de 2002, que, en atención a las actividades anteriores, llevó a estas normas aprobadas por la Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal.

20.- Resolución 2002/44, sobre derecho a restitución, indemnización y readaptación de graves violaciones de derechos humanos y

¹⁴ SEC(2004)102/COM2004/0054 final. Puede consultarse en <http://europa.eu.int/celex>.

¹⁵ Puede verse GARCIA RODRIGUEZ, M.J., “Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”, en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 136-139.

libertades fundamentales. En la mayor parte de los casos todas estas proclamaciones de Naciones Unidas se hallan concatenadas las unas con las otras y son el resultado de un necesario dinamismo en la lucha contra la criminalidad y en la búsqueda de la solución más adecuada –eficiente y justa- para quienes se hallan inmersos en la misma, lo que obliga a reconsiderar la solución para apropiada no sólo para el sistema en sí sino también para las víctimas de estos hechos. En suma, se busca en la potenciación de la justicia restaurativa una manera diversa de responder ante los ciudadanos por el mismo Estado; una necesidad de reincorporar entre los fines de la Justicia penal nociones como la de reparación, víctima, solución pacífica, paz, etc.

21.- Directiva Europea 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos. Regula un sistema de cooperación entre las distintas autoridades de los estados miembros, que permite a la víctima dirigirse a una autoridad de su Estado miembro de residencia para solicitar la indemnización, pudiendo obtener información para resolver sus dificultades en el momento de plantear la solicitud. Se divide en tres apartados, destinando el primero a regular, en los artículos 1 a 11, el acceso a la indemnización en los casos transfronterizos; en el segundo, el artículo 12, a mencionar de forma sintética los diversos regímenes nacionales de indemnización, y finalmente, en el tercero, artículos 13 a 21, contiene las disposiciones encaminadas a garantizar la aplicación práctica de la Directiva.

En abril de 2009 se presentó un Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social europeo, relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/

CE del Consejo, sobre indemnización a las víctimas de delitos, y llega a las siguientes conclusiones sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros:

1. Con respecto a los regímenes nacionales de indemnización requeridos por la Directiva, parece que los Estados miembros conceden una indemnización justa y adecuada a las víctimas de delitos dolosos violentos, con un grado sustancial de cumplimiento en todos los Estados miembros.
2. En cuanto a los aspectos procesales de la Directiva en relación con los asuntos transfronterizos, las autoridades de decisión y de asistencia tienen una opinión bastante positiva sobre el funcionamiento del actual régimen, incluidos los elementos como los puntos de contacto centrales, el uso de impresos uniformes, las lenguas y el uso de tecnologías de la comunicación, etc. Sin embargo, los solicitantes son mucho menos optimistas que las autoridades con respecto al proceso, dado que consideran en su mayoría que el procedimiento de solicitud es complejo y largo y que las barreras lingüísticas y la comunicación en general constituyen un importante obstáculo a la hora de facilitar las peticiones de las víctimas. Es por ello que en este punto la Comisión recomienda que el funcionamiento de la Directiva debería mejorarse.
3. Precisamente y en el punto de mejora, sugiere algunas indicaciones a los Estados miembros:
 - a.- Los Estados miembros deberían intentar recopilar datos sobre la aplicación de la Directiva para poder evaluar mejor la eficacia del proceso.

b.- En la medida de lo posible, los estados miembros deberían asegurar que los ciudadanos tengan facilidad de información sobre la Directiva y sobre los regímenes nacionales de indemnización, puesto que parece que son demasiados pocos los solicitantes potenciales conscientes de sus derechos.

c.- Los Estados miembros deberían asegurarse de que se respetan los requisitos establecidos en la Directiva con respecto a las lenguas con el fin de garantizar que el procedimiento resulte más eficaz para los solicitantes.

d.- Debe garantizarse la claridad y la transparencia en los elementos claves de los regímenes nacionales de indemnización. Esto afecta en particular a la cuestión de qué delitos están incluidos en los regímenes y qué lesiones están cubiertas por ellos. El Atlas y el sitio internet de la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil contienen ya una gran cantidad de información sobre los regímenes nacionales de indemnización, pero debería estudiarse si se requieren esfuerzos para mejorar la información disponible sobre la Directiva y sobre los regímenes nacionales que se puede encontrar en dichos sitios internet.

22.- La Recomendación núm. (2006)8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales, en cuyo Anexo, que reemplaza a la Recomendación 21, se ocupa detalladamente de las definiciones de víctima, victimización y victimización secundaria, de la asistencia, del papel de los servicios públicos, de los servicios de asistencia a las víctimas, del acceso efectivo a los recursos jurisdiccionales, de las indemnizaciones acordadas por el Estado, de los seguros

públicos y privados, de la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, de la confidencialidad, de la selección y formación del personal de los servicios, de la mediación y de la coordinación y cooperación internacional.

La labor realizada en el seno y desde las instancias internacionales no ha parado. Y precisamente en el ámbito de la Unión Europea la Comisión sigue preocupada por el trato que en la mayor parte de los países de la Unión se otorga a las víctimas, los derechos que tienen las mismas y sobre todo el grado de cumplimiento y efectividad de estos. Merece destacarse que recientemente la Comisión ha lanzado en línea una consulta que lleva por título *European comisión Victims' Package Consultation Document: taking action on rights, support and protection of victims of crime and violence*, en la que la Comisión intenta adoptar un paquete de medidas, incluyendo una Directiva o un mínimos de reglas, en la primera mitad del 2011 en relación con el desarrollo de acciones que pueden mejorar el nivel de la Unión Europea en relación con el tratamiento de las víctimas de delitos, dadas las especiales dificultades que éstas suelen encontrar en la obtención de información acerca de la vía a seguir, de los derechos que les asisten y de las autoridades competentes, además de plantear algunos problemas y posibles soluciones. Evidentemente es el interés constante de la Comisión por continuar evaluando la situación en los diversos países de la Unión y la posible adopción de medidas para mejorar la situación de las víctimas. Y precisamente uno de los ámbitos en los que se centra la Comisión es en el tema de la compensación y reparación, planteando la conveniencia de que las mismas fueren realizadas a las víctimas ya por el Estado o

por el delincuente, se plantea la posibilidad de reconocer en los ordenamientos la compensación simbólica, si incluye una compensación material por los daños materiales causados de forma inmediata por el hecho o aquellos que pueden generarse por el transcurso del tiempo. Igualmente se plantea la cuestión de si la reparación va más allá de la compensación económica, focalizándose en la posible recuperación y restitución de la víctima y si puede referirse a medidas tales como una posible disculpa o la realización por parte del delincuente de determinadas actividades para la víctima específicamente o para la sociedad en general. Es más, los estudios e informes realizados hasta el momento han indicado que las cantidades concedidas por compensación son altamente variables, que los procedimientos para solicitarla pueden ser complicados y excesivamente duraderos y, en el supuesto de la compensación por el autor a la víctima, ésta ha de buscar ella misma los medios para conseguir la ejecución de la compensación, careciendo de las garantías necesarias para tener certeza de conseguir recibir efectivamente el dinero.

Por todo ello, la Comisión plantea estas cuestiones, asumiendo que no son exhaustivas, pero cuyas respuestas por los interesados podrían ser altamente útiles para proponer medidas legislativas y no legislativas a los Estados miembros, con el fin de mejorar los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas. Cuestiones todas ellas que enlazan perfectamente con cuanto ha venido desarrollándose en el marco de la Dogmática penal, desde las actividades proyectadas y ejecutadas (algunas con

regulación legal) en los diversos países, algunos europeos y otros no, y nos ofrecen un magnífico soporte para poder adentrarnos en el análisis específico de la situación española, y en lo que a nosotros nos atañe, en la posibilidad de conformar, desde las realidades y los proyectos existentes en nuestro país, un procedimiento de mediación penal acorde con el debido respeto a los derechos de las víctimas, de los imputados y acusados por la comisión del hecho delictivo, de la sociedad en su conjunto. Habrá que analizar en el marco del nuevo Derecho Penal y de todo este conjunto de iniciativas internacionales de las que nuestro país no queda inmune, la mediación penal.

III- ...Y llegó la justicia restaurativa y la mediación penal

En las últimas décadas mucho se ha escrito en torno a la víctima, posicionándose la doctrina a favor o en contra de una presencia de la víctima, de una presencia activa o de una ausencia de ésta en el marco del sistema. En ese movimiento pro-víctima las posiciones han sido plurales, si bien a mi parecer no se debe luchar por la superposición de sujetos y derechos, sino por la integración de la víctima con los ya existentes, en cuanto no se trata de “reducir” derechos a los delincuentes para “entregarlos” a las víctimas. No se trata de una discusión en el vacío, sino que alcanza repercusiones de gran calado en otros componentes del sistema penal que llevan a alterar bases dogmáticas, de política criminal, y, por supuesto, de proceso penal declarativo e incluso de ejecución, alcanzando por ello, evidentemente, al modelo penitenciario.

1- Restorative Justice

En ese marco de discusión surge una nueva concepción basada en la filosofía retributiva o restaurativa, que implica evidentemente un nuevo modo de repensar la justicia penal, desde la que se otorga la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño que se pudiere haber causado. BRAITHWAITE apostilla, sin embargo, llegando mucho más, en cuanto convertirlo en un estilo diverso de vida, dado que no sólo se concibe como una aportación hacia la reforma del sistema de justicia criminal, sino que *es un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestro estilo de vida, nuestra conducta en el ámbito laboral y la manera de actuar de los políticos*¹⁶, de manera tal que el mismo concibe la *restorative justice* como un proyecto intelectual y político mucho más ambicioso que lo que normalmente se ha venido considerando¹⁷. Este autor parte en su concepción de la necesidad de actuar frente a lo que el denomina como *“injusticia preventiva”*¹⁸.

No obstante, en la doctrina se ha venido considerando que la justicia retributiva y la reparativa o retributiva son ambas especies de la justicia distributiva y ambas

se proponen generalmente como maneras de reconocer inteligentemente el significado moral de la autonomía individual, lo que lleva a considerar que mediante ellas se restaura la distribución de los derechos existentes antes de que se produzcan los hechos, tanto como sea posible¹⁹. No se pretende la sustitución de la una por la otra, sino integrarlas²⁰, y en ese sentido si que acoge ese reconocimiento de la distribución de los derechos existentes antes de que se produzcan los hechos, máxime cuando a través de la justicia restaurativa también se está imponiendo una consecuencia jurídica negativa al autor de los hechos delictivos, que puede consistir en una conducta de devolución de lo robado, de expresión de arrepentimiento, de compensación económica a las víctimas, pero, en todo caso, una consecuencia que tiene un claro efecto retributivo²¹. Precisamente porque la justicia restaurativa es una forma de retribución se hace imprescindible encontrar una justificación moral, amén de ser objeto en profundidad de una reforma legal que delimite *in extenso* su naturaleza y la intensidad de la *restorative justice*²². En ella han confluído numerosas ideas, que tiene un nexo de unión que enlaza con los principios de la paz social y se vincula en cierta medida con una concepción religiosa

16 BRAITHWAITE, J., “Principles of Restorative Justice”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003, p. 1.

17 BRAITHWAITE, J., “Principles of Restorative Justice”, cit., p. 18. Insiste también en un valor añadido que comporta que la misma es un camino para conseguir que la ciudadanía respete y crea en la justicia.

18 BRAITHWAITE, J., “Principles of Restorative Justice...”, cit., p. 5.

19 WATSON/BOUCHERAT/DAVIS, “Reparation for retributivists”, en *Victims, offenders and community* (WRIGHT/GALAWAY), London, Sage Publications, 1989, p. 220.

20 SHERMAN, L.W/STRANG.H., *Restorative justice: the evidence*, London, The Smith Institute, 2007, p. 52.

21 En este mismo sentido también se ha manifestado en la doctrina inglesa DUFF, A., “Restoration and Retribution”, en “”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p. 54.

22 En términos similares se expresó DIGNAN, J., “Towards a Systemic Model of restorative Justice: Reflections on the Concept, its Context and the Need for Clear Constraints”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p. 138.

humanista, así como con la *labelling theory* y la filosofía abolicionista o minimalista del derecho penal, inclusive de los más radicales de la criminología crítica, que han ofrecido ciertas dosis de cambio en el modelo penal tendentes a eliminar la visión reduccionista del individuo en la justicia penal.

El mayor auge de aceptación de estas manifestaciones de la justicia restaurativa se produce en los países del *common law*, a finales de la década de los años setenta en EEUU²³, y a partir de ahí no ha cesado de expandirse y de defenderse desde las diversas instancias nacionales e internacionales. En EEUU determinadas comunidades o grupos la potenciaron, como sucedió con las comunidades menonitas²⁴, quienes participaban de los principios de la justicia reparadora en su planteamiento de vida, asumiendo que es mejor resolver los conflictos y plantear colectivamente los comportamientos anti-grupo, siendo la comunidad la que controle la respuesta ante dichas conductas no deseables, que someterse a un poder judicial ajeno, extraño y al que muy probablemente no le otorgaban ningún grado de legitimidad. Son centenares los programas que se vinieron desplegando desde EEUU (el primero comenzó en 1978 en Elkhart, Indiana), y fue pronto objeto de réplica por numerosos proyectos de VORP²⁵ (*Victim Offender Reconciliation Project*). La sociedad americana de la década de los años

sesenta-setenta favoreció ciertas corrientes ideológicas que marcaron importantes hitos en la aparición y desarrollo de posiciones jurídicas que alteraron algunas de las bases clásicas de la justicia, fundamentalmente por la consagración de una ideología anti-sistema basada en la libertad, la paz, la naturaleza, la colectividad, el sentimiento social... propio de lo que fuera el movimiento hippie. Se genera el movimiento ideológico que, tras sus influencias filosóficas, dio lugar a las ADR (*Alternative Dispute Resolution*), que si bien su impacto y visibilidad fue mayor y tuvo mayor capacidad de expansión en el seno de las relaciones jurídico-privadas y en las económicas, fue poco a poco adentrándose en conflictos con implicaciones penales, como los primeros que se suscitaron como en el ámbito penitenciario o en el de la responsabilidad penal juvenil. Surgió desde aquí la justicia restaurativa, conectada con una incesante búsqueda de la intervención de la víctima en el modelo penal, con el interés por el diálogo y la aceptación por parte del Estado de un sistema penal no necesariamente preventivo²⁶. Y de ahí se potenció, a través de *conferencing o circles* en Australia, Canadá y Nueva Zelanda, donde coordinaba bien con las prácticas aborígenes²⁷. Estas experiencias trataban de incorporar una mayor participación de la comunidad, más allá de la víctima y el autor, a través del círculo de personas que podían tomar parte en el mismo.

23 ZEHR, H., "Justice paradigm shift? Values and visions in the reform process", *Mediation Quarterly*, vol. 12, n. 3, 1995, Jossey Bass Publishers, pp. 207 a 216.

24 UMBREIT, M.S., *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Abingdon Press, Nashville, 1985.

25 El modelo propugnado y continuado se basaban en la compensación entre los sujetos y la reconciliación posterior, siendo operado este procedimiento independientemente del proceso penal.

26 Algunas reflexiones sobre esta evolución pueden encontrarse en mi obra *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

27 BAZEMORE, G/UMBREIT, M., "A Comparison of four Restorative Conferencing Models", en *Juvenile Justice Bulletin*, departamento de Justicia federal de EUA, febrero 2001, pp. 1 y ss.

A estos proyectos les siguen diversas iniciativas europeas, especialmente las pertenecientes al modelo del *common law*, y más concretamente en Inglaterra y Gales²⁸, y posteriormente en Alemania²⁹, Francia³⁰, Noruega y Finlandia³¹, aun cuando con objetivos diversos y con resultados también dispares.

En suma, la justicia restauradora surgió en realidad como resultado de un conjunto de programas experimentales –en su mayoría en el mundo de la delincuencia juvenil o en los conflictos que pudieren implicar a grupos o comunidades– que pretendían dar respuestas a las falencias y limitaciones de la justicia penal consagrada, y precisamente en dichos programas se pretendían valorar la aplicación de estos conceptos reparadores y los efectos positivos y negativos que pudieren producir en los sujetos y en el sistema mismo. Es precisamente curioso observar como en todos los países, antes o después, la incorporación de la *restaurative justice* se produce como consecuencia de proyectos-

piloto y no como consecuencia de un cambio legislativo o una jurisprudencia previa.

Con el paso de los años y perdiendo cada vez más su configuración inicial desde el voluntariado, el modelo de justicia restaurativa, asentado en la idea de la reparación, se ha venido consolidando en la mayor parte de los sistemas jurídicos y con ella la necesidad de atribuir una distribución de funciones a los sujetos involucrados en el reproche penal social; es por ello que resulta interesante determinar cómo casar todo ello y convertirlo en una pieza más del sistema de tutela penal que el Estado debe ofrecer. Sin embargo, la primera pregunta que surge es ¿por qué comienza a hacerse necesario un cambio en el modelo tradicional penal y por qué encaminarse hacia un modelo de justicia reparadora o restaurativa³²?

En la doctrina alemana ya a finales de los años ochenta se cuestionaba los interrogantes que ahora planteamos. THOMAS WEIGEND³³

28 Puede verse más adelante la referencia específica, y para una lectura en castellano de algunos de estos proyectos en estos países puede verse el capítulo de MONTESINOS GARCIA, A., "Mediación penal en Inglaterra y Gales", en la obra *Mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 85-124.

29 A la evolución alemana dedicamos un apartado específico *infra*.

30 Sobre los orígenes y evolución de la mediación en Francia puede verse BONAFÉ-SCHMITT, J.P., "Alternatives to the judicial model", en *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community* (WRIGHT/GALAWAY), cit., pp. 178-194. Este autor explica cómo inicialmente también en Francia aparece como proyectos alternativos, destacando el de *Conciliation Committee de Valence*, el de la *Association SOS Agression-Conflicts* en París, y el de *ACCORD Association* en Strasbourg. Para su desarrollo pueden verse especialmente pp. 185-192. Puede verse ETXEBERRIA GURIDI, F., "El modelo francés de mediación penal", en *Mediación penal para adultos*, cit., pp. 181-234.

31 DAVIS, G., *Mediation and reparation in Criminal Justice*, Routledge, 1992, p. 16. En castellano puede verse ERVO, L., "Mediación en los países escandinavos", en *Mediación penal para adultos*, cit., pp. 125-180.

32 ZEDNER, L., "Reparation and Retribution: are they reconcilable?" en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled sentencing*, cit., p. 337. Esta autora sostiene que la reparación no es sinónimo de la restitución, sino que sugiere una importación sencilla de la norma civil a la penal. La reparación implica un mayor extensión, al incluir más allá de la recuperación por los perjuicios causados a la propiedad, al cuerpo o a la psique, y ello por cuanto exige un reconocimiento de los hechos y del daño causado como consecuencia de esos hechos a las relaciones entre la víctima y el delincuente y por ello el deseo de enmendar a la víctima su pérdida de la presunción de seguridad en sus derechos. En ese sentido también se manifiesta DAVIS, G. et al., *Preliminary Study of Victim-Offender Mediation and reparation Schemes in England and Wales*, 1987, p. 7.

33 *Deliktsoffer*, 1989, páginas 232 y ss.

hablaba de desjudicialización en el tratamiento de los conflictos, con soluciones pacificadoras, con derechos de las víctimas, y no solo respecto de la compensación de los daños sufridos, sino también respecto de la posición de éstas en el modelo de justicia penal, lo que conectaba igualmente con la superpoblación penitenciaria y falta de medios. Poco a poco fue calando en la doctrina y así se llegó a delimitar las razones de la incorporación de manifestaciones de justicia restaurativa o reparadora en las legislaciones. Así:

1. En primer lugar, la recuperación de las víctimas en el marco del derecho penal y del proceso penal. Por ello se hablaba de que vivía en una *nada (vacío) legal*, en la *legal nonentity*³⁴, o en lo que la doctrina alemana denominó como *rechtlichen Nichts*³⁵. En suma, se trataba de convertirla en persona de derechos con igualdad procesal. Y en esa búsqueda de presencia, por un lado, y de igualdad procesal por otro, ha contribuido la aparición de la mediación y otros procedimientos en los que se pretende la comunicación de la víctima con el delincuente. Desde ella se pretende considerar que los hechos con reproche penal son cometidos por personas y afectan directamente a personas, de

modo que el elemento subjetivo aquí es esencial, mientras que en la justicia retributiva se focaliza el estudio sobre los hechos en cuanto violadores de normas y valores, relegando a un plano inferior los intereses de las víctimas como individuos no como sociedad, dado que la sociedad es lo que importa³⁶.

2. La aparición, quizás inclusive con anterioridad al fenómeno de la Victimología, de las teorías abolicionistas y de las minimalistas. A estos movimientos que cuestionaban la legitimidad del sistema jurídico penal nos hemos venido refiriendo, si bien resulta de interés en el punto en el que nos hallamos al hacer constar que los mismos no trataban de buscar *una política criminal alternativa, sino una alternativa a la política criminal*³⁷. Es una corriente teórico-práctica que hace una crítica radical a todo el sistema jurídico-penal, suscitando al respecto su desaparición y, por ende, su reemplazo. El sistema penal en su conjunto se considera como problema social en sí mismo y, por ello, la única solución que se considera adecuada es la de abolirlo³⁸. No se trata *per se* de una teoría acabada, ni siquiera responde a una única corriente de pensamiento, por cuanto diríase que en ella confluyen

34 FATTAH, E.A., "From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change", en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45.

35 Así le denomina KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.

36 Estas y otras interesantes reflexiones en relación con los significados de la sistema de justicia penal clásica, asentada en la teoría distributiva, y la mediación y su simbólico significado en el marco de la justicia penal pueden verse en BUSSMANN, K.-D., "Morality, symbolism, and criminal law: canons and limits of mediation programs", en *Restorative Justice on trial. Pitfalls and potentials of victim-offender mediation...*, cit., p. 319.

37 BOVINO, A., "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 263.

38 DE FOLTER, R., "La fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault", en AAVV, *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1989, p. 58.

una pluralidad de pensamientos ideológicos de origen diverso³⁹. Su germen se halla en la década de los años sesenta y en la lucha contracultural que en aquellos momentos se vivió en buena parte del mundo, algunos de los cuales como la *labelling theory* o teoría del etiquetamiento o la denominada criminología crítica, ya han sido en diversas ocasiones referenciados⁴⁰. Desde estas posiciones fue nutriéndose el abolicionismo penal, como corriente que esencialmente tuvo un peso importante en Europa, pero especialmente en los países escandinavos, en los que aparecieron sus mayores defensores, entre los que cabe destacar a Louck H. C. HULSMAN⁴¹, Nils CHRISTIE⁴² y a Thomas MATHIESEN⁴³.

Desde estas posiciones se ha provocado un interesante foro de debate que ha llevado a que desde instancias supranacionales se cuestionara el modelo clásico de justicia penal retributiva. Significativo fue en 1980 las propuestas que se lanzaron desde el Consejo de Europa en torno a los Problemas de la Criminalidad, haciéndose referencia a cuatro tipos de alternativas a la intervención de la justicia penal: 1°) Propender a un cambio en la evaluación social de la conducta indeseable o a un aumento en la tolerancia social frente a ella, siendo precisamente la decriminalización uno de los instrumentos de

esta política, tendiendo a que socialmente se evalúen los hechos desde otro prisma, aumentando la tolerancia social frente a ciertos hechos que, aunque son rechazables, comportan un coste negativo de ser asumidos por el sistema jurídico penal; 2°) La prevención técnica de la conducta indeseable; 3°) La reorganización social (económicas, familiares, etc); 4°) Cambios en las formas de control social, y se sugiere a este respecto una mejora de los sistemas administrativos, civiles, etc., que en ciertos casos no se emplean favoreciendo con ello el acceso a la vía penal, por las dificultades que aquéllos comportan.

Desde la mínima intervención penal se intenta la recuperación de la víctima en el sistema penal, a la que se le expropió su "conflicto" en su momento considerándole por estos autores como una especie de *perdedor por partida doble...frente al infractor, y después frente al estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales*⁴⁴. Se propugna la devolución a las personas implicadas el manejo de sus propios conflictos, de manera que la víctima se reapodere de estos, expropiados por el estado, abogándose por la denominada justicia participativa, en la que puedan plasmarse explicaciones de ambas partes, intercambios, y en la que la compensación

39 SARRULLE, O.E., *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 50.

40 COHEN, S., *Abolicionismo penal*, Ediar, 1989.

41 HULSMAN, L.H.C., *La criminología crítica y el concepto de delito*, en "Abolicionismo penal", Ediar, 1989.

42 Interesantes son las reflexiones de este autor en sus obras *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, que fue la traducción de *Crime control as Industry. Towards Gulags, Western style?*, Universitetsforlaget, Oslo, 1993 (trad. Al castellano Sara Costa); asimismo, *Una sensata cantidad de delito* (trad. Cecilia Espeleta y Juan Iosa), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. Defendió lo que vino denominándose como el minimalismo penal.

43 *La política del abolicionismo*, en "Abolicionismo penal", Ediar, 1989.

44 CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 126.

sustituya a la respuesta punitiva, pero sin que pueda afirmarse *a priori* una respuesta estereotipada, sino que cada problema debe recibir su propia solución. En suma, la víctima adquiere una función preponderante y protagónica. Y es en este contexto cuando comienza a incorporarse en los ordenamientos jurídicos un nuevo modo de pensar la justicia penal, desde la que se otorga la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño que se pudiere haber causado. Esta función restitutiva no sólo beneficia a las víctimas, sino también a los mismos delincuentes, en cuanto, lejos de ser considerados como descartables socialmente, debe ofrecérseles la oportunidad de enmendar sus errores. Aparecen conceptos como comunicación, consenso, paz social, etc, y el medio más adecuado para alcanzarlos no es un modelo de confrontación -el proceso- sino que debe buscarse otro cauce, siendo la mediación el mejor para alcanzarlo.

2- Mediación

En primer lugar, la mediación es un procedimiento extrajudicial en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar acción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio de gestión del conflicto, instrumentalizado a través del diálogo y favoreciendo la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil.

Con todo es indudable que se ha visto en esta opción una posibilidad de revertir de manera altamente positiva en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal. A través de la mediación se pretende poner mayor énfasis en la reparación del daño y en la prevención especial sobre la prevención general y la retribución. No obstante, debe afirmarse que la persecución de conductas no se extraen del ámbito punitivo del Estado, pero permiten la colaboración de los sujetos implicados en el hecho delictivo, lo que no afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción penal ni afecta al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que serán en suma los tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado en la mediación. Sigue por ello tratándose de un medio controlado judicialmente. Es más, lejos de considerarse como un medio de autotutela -prohibida en nuestro ordenamiento jurídico- estamos ante una modalidad autocompositiva intraprocesal que, a la postre, exigirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada -sobreseimiento por razones de oportunidad reglada- o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia.

Es posible hacer referencia a varias clases de mediación penal. De este modo, en atención a la manera en que se desarrolla la mediación penal, que puede ser mediación directa (*face to face*) o mediación indirecta y al momento en que se produce la misma, y su estrecha y posible vinculación con un proceso penal, pudiendo distinguir entre mediación preprocesal, intraprocesal, *postsententiam*, e incluso penitenciaria⁴⁵. La mediación, a

mi parecer, no es alternativa al proceso, sino complementaria del mismo, por lo que debe estar vinculada a la existencia actual o futura del proceso penal, lo que no es óbice a la posible consideración de la mediación penal como alternativa en el caso del delito perseguible a instancia de parte de calumnia e injuria contra particulares o en las faltas de igual perseguibilidad, entre otras cosas porque el proceso penal en esos casos queda a la disponibilidad de las partes-víctimas.

En nuestro país la mediación penal está presente en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, donde la mediación es un instrumento que permite llegar a acuerdos entre las víctimas y los menores responsables y condicionar la continuación del proceso penal al cumplimiento de las condiciones establecidas (reparación, sometimiento a tratamientos educativo...). Supone, porque la ley lo permite, la suspensión del proceso con archivo hasta que efectivamente se produzca el cumplimiento de las condiciones. Y asimismo cabría afirmar que son ya numerosos los proyectos piloto que se han desplegado en mediación penal para adultos, en unos casos impulsados por la Oficina de atención a la víctima, o a Institutos de criminología y en los más casos, impulsados desde el Consejo General del Poder Judicial, siendo conclusión de todos ellos, la necesidad de que se regule por ley la mediación penal, amén de incorporar una serie de preceptos en la LECRIM que permitan conectar el proceso con la mediación y en especial con el acuerdo que se adopte en mediación.

En la actualidad hay mediaciones penales pero sin las coordinadas jurídicas nece-

sarias, lo que no es óbice a la justificación de la misma sobre la base de las normas existentes que permiten, siquiera, fundamentar los proyectos de mediación. Así: 1.- Los preceptos de la LECRIM que permiten y regulan las diversas modalidades de conformidad en el proceso, incorporando esencialmente el principio de oportunidad procesal; 2.- Los delitos no perseguibles de oficio, en los que puede jugar el perdón del ofendido (delito privado art. 215, como en los semiprivados, art. 191, 201, 228, 287, 296, 620, 621 CP); 3.- El supuesto de atenuante genérica de reparación del daño (art. 21.5 CP); 4.- La posibilidad de imponer pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP); 5.- La posibles suspensión de ejecución de pena privativa de libertad (arts. 81 y 83.1); 6.- La posible sustitución de pena de prisión (art. 88); 7.- La determinación en ejecución de la pena privativa de libertad de la clasificación de 3 grado (art. 72.5 y 6 LOGP); 8.- La posible libertad condicional (regla general, art. 90.2 CP; y excepcional, art. 91.2 CP); 9.- Incluso cabría interpretar la bondad de incluir la mediación y posible reparación como instrumento para valorar el interés en la tramitación del indulto (art. 4.4. CP). Evidentemente, no se trata de que en estos preceptos se esté regulando la mediación, sino que a partir de ellas el legislador ha abierto la puerta a la incorporación de elementos restaurativos que pueden quedar mejor articulados si introducidos instrumentos de potenciación y viabilidad de las mismas, siendo la mediación uno de ellos. Asumiendo que no sería extraño incorporar de forma plena la mediación como instrumento de tutela penal, hay que sintetizar de qué manera habría que efectuar esta incorporación.

⁴⁵ Puede verse mi libro *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 319-350.

EN PRIMER LUGAR, una norma habilitante, LEY DE MEDIACIÓN PENAL, que regule: 1.- Qué es la mediación; 2.- Cuáles son los principios básicos; 3.- Elementos objetivos –limitación o no de delitos-; 4.- Elementos subjetivos; 5.- Procedimiento; 6.- Consecuencias derivadas del acuerdo o no de mediación. Sería en todo caso una ley competencia del Estado (art. 149 CE). No se trata tan sólo de regular un procedimiento marco sino de atribuir eficacia jurídica, inclusive procesal, a los resultados de la mediación –o inclusive a los no resultados, volviendo al proceso penal mismo-. Esta Ley podría ser desarrollada reglamentariamente por la Comunidades Autónomas, confi-gurando al efecto, el Servicio de Mediación, Registro de Mediadores... Y asimismo habría que aprobar un Estatuto del Mediador que recogiera las condiciones para ser mediador, los derechos y deberes, garantías de su función etc.

EN SEGUNDO LUGAR, habría que plantearse, en su caso, la modificación del CP, en el sentido de considerar qué es lo que se quiere de la reparación: consecuencia jurídica, es tipo de pena, es medida de seguridad o un *tertium genus* con autonomía propia que sirve para aminorar la pena por ejemplo. En la actualidad se vincula al artículo 21.5 CP (circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal *haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos* en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral). Este cambio, en todo caso, se halla en la tendencia político-criminal orientada a la víctima, lo que no ha sido óbice a sostener esta posibilidad de reparar con efectos altamente beneficiosos para los autores del hecho, como sucede con la vinculación y aplicación de, entre otros,

el artículo 88 CP (sustitución de pena de prisión que no excede de un año por otras, con reparación a la víctima y no ingreso en prisión). Es importante no solo incorporar la reparación, que ya está, sino efectuarlo desde la coherencia que supone asumir que el derecho penal cumple una función más allá de la prevención y que esa asunción está claramente recogida en el CP.

EN TERCER LUGAR, en la LECRIM habría que efectuar diferentes modificaciones, tendentes a determinar la vinculación con el proceso, en atención especialmente al momento en que se produce la derivación a mediación, así como los efectos jurídicos en el supuesto de que hubiere acuerdo y según el cumplimiento o no del mismo.

a) En primer lugar deberá regularse la posibilidad de la suspensión del proceso, determinando si en cualquier fase procesal o no. Debe efectuarse remisión a la víctima y al victimario a mediación. La LECRIM debe establecer el plazo máximo de suspensión del proceso, conectando con ley de mediación que regula la duración máxima del procedimiento de mediación, sin perjuicio de la posible recomendación que puede existir de prórrogas.

b) La LECRIM debe regular de forma diversa en atención al momento procesal en que se pueda llegar a producir la mediación. Así:

1.- En la fase de investigación. En principio a instancia de Juez o Fiscal se efectuará la remisión al Servicio de Mediación. Se requiere aceptación de las partes en todo caso. Cabría la posibilidad de plantearse que fuere la Policía la que

recomendase acudir a mediación, pero para ello debería establecerlo la ley. Si finalizare la mediación con acuerdo se recomienda que la regulación procesal fuere la de atender a la homologación mediante auto judicial (aquiescencia abogado-fiscal). Si se cumplen: auto de sobreseimiento (archivo). Si no se cumplen: continúa el proceso con formulación de acusación.

2.- La segunda posibilidad es tras la acusación, a saber, mediación en enjuiciamiento. Habría que permitir la suspensión del señalamiento de juicio con acuerdo del fiscal y juez, fijando plazo para la mediación con suspensión procesal. Si se llega a un acuerdo, se produciría una transformación procesal con abreviación, siempre que la ley así lo establezca. Igualmente podría conectarse con conformidad, con sus efectos, y habría que regular cuestiones tales como la posible terminación del proceso con homologación judicial, la incorporación del acta de mediación en una sesión oral con o sin necesidad de ratificación, la conversión del acuerdo en una sentencia de conformidad, y si no se cumplen las condiciones establecidas habría que regular la posible revocación de la sentencia

3.- Habría que analizar la posible regulación de la mediación tras la sentencia firme, regulando un posible acuerdo de reparación para sustitución o suspensión de pena, o la obtención de beneficios como libertad condicional entre otros. Podría en estos casos remitirse al Servicio de Mediación pero

siempre que la víctima quisiera intervenir. Si existiere acuerdo podría trasladarse al fiscal con homologación judicial a los efectos de ejecución.

4.- Cuando se tratase de acudir a la mediación para resolver conflictos que pudieren plantearse en cumplimiento del régimen penitenciario, habría que su incorporación a la LGP, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que en este momento de ejecución pudiera hacerse uso en ciertos casos de la mediación a los efectos de aplicar los beneficios penitenciarios, debiendo encontrar a estos efectos la oportuna regulación que así lo permitiera.

En consecuencia, queda mucho recorrido en el marco de la mediación penal, aun cuando resulta muy interesante observar no solo los ya numerosos proyectos piloto realizados en torno a la mediación penal sino también las propuestas que se han lanzado, entre las que se encuentra el Anteproyecto de la LECRIM en el que se recoge igualmente la incorporación de la mediación en el proceso penal, pese a que el mencionado texto no haya llegado a más como consecuencia de la disolución parlamentaria. En suma, el camino aun es largo pero empieza ya a considerarse como una posibilidad la incorporación de este procedimiento basado en la libertad y que puede permitir siquiera alcanzar tres fines que hoy por hoy no ha sido capaz de conseguir el Derecho Penal: la tutela de la víctima, las garantías para el imputado y su posible resocialización, y la minimización del Derecho Penal incluyendo en la misma la posible credibilidad de la sociedad en la Justicia⁴⁶

⁴⁶ Sobre la mediación penal y un desarrollo exhaustivo de la misma nos remitimos a mi libro *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

EL PAPEL DEL *OMBUDSMAN* BANCARIO EN LOS CONFLICTOS BANCARIOS EN ESPAÑA(*)

Prof. Ana Isabel Blanco García
FPI-MICINN Derecho Procesal, Universitat de València

SUMARIO

- I. La incidencia de la crisis económica e hipotecaria en España, consecuencia de la crisis mundial y medidas posibles.**
- II. Ombudsman bancario, su incorporación al ordenamiento jurídico.**
 - 2.1. Su evolución hasta nuestros días
- III. Instituciones específicas del ombudsman bancario español.**
 - 3.1. El servicio de atención al cliente y el defensor del cliente.
 - 3.2. El servicio de reclamaciones del banco de España.
- IV. Procedimiento de reclamación.**
 - 4.1. Líneas generales.
 - 4.1.1. *Presentación de la reclamación ante el defensor del cliente.*
 - 4.1.2. *Presentación de la reclamación ante el srbe.*
 - 4.2. Terminación del procedimiento: el informe del srbe.

EL PAPEL DEL OMBUDSMAN BANCARIO EN LOS CONFLICTOS BANCARIOS EN ESPAÑA(*)

*Prof. Ana Isabel Blanco García(**)*

1.- La Incidencia de la Crisis Económica e Hipotecaria en España, Consecuencia de la Crisis Mundial y Medidas Posibles

Los últimos años se ha vivido un recrudecimiento de la crisis económica y financiera, tanto a nivel internacional como europeo, que ha causado verdaderos estragos mundialmente, arrasando no solo lo económico sino los valores, las ideologías, la ética y generando un derrumbe de cuanto supusieron las conquistas del mundo occidental en el Siglo XX. En España ese “*tsunami*” ha vapuleado especialmente en estos últimos meses el mercado laboral, lastrando a personas individuales, familias enteras, empresas, administraciones, etc. Una crisis cuya huella y sus consecuencias van a ser difíciles de olvidar.

Ese contexto que se vive en España, en Europa y en el mundo en general, aun cuando a diversas velocidades, ha sido la consecuencia devastadora de la crisis económica que comenzó en 2008 en Estados Unidos, con la subida de los precios de las materias primas, especialmente el petróleo y los alimentos, y con el estancamiento de

la globalización económica. A ello se unió de forma simultánea una crisis crediticia e hipotecaria debido a la burbuja inmobiliaria y a la devaluación del dólar, estrechamente vinculada a la declaración de quiebra en septiembre de 2008 del principal banco de inversiones estadounidense, Lehman Brothers.

En este contexto merece especial mención la denominada crisis hipotecaria. Una situación originada por la crisis “*subprime*”, derivada de la concesión de hipotecas de alto riesgo con tipos altos, apareciendo productos financieros complejos que llevan a que instituciones hipotecarias vendan activos a bancos de inversión y consolidadores que combinan éstos con otros más seguros, si bien estos activos están contaminados con lo que se ha venido denominando deuda “*subprime*”, vendiéndose de forma masiva en un mercado global. Se produce una compraventa especulativa (compra y venta en menos de seis meses), subiendo los precios de forma exponencial. Los bancos de todo el mundo compran activos contaminados y provisionan pérdidas, si bien cuando comienza a cundir el pánico financiero, los bancos adoptan como primera medida la reducción drástica de nuevos préstamos. Comienzan las pérdidas multitudinarias en el

(*) Realizado en el marco de los Proyectos de Investigación MEC/DER2010-17126 y PROMETEO 2010-095 Generalitat Valenciana.

(**) FPI-MICINN Derecho Procesal, Universitat de València

sector bancario y en el de seguros, producto del aumento de la morosidad.

La pregunta que ha llenado libros, revistas y medios de comunicación es por qué no se pudo prever esta situación. La respuesta hay que hallarla en la escasa regulación del sector, con fallos en la supervisión de las instituciones públicas, especialmente en EEUU, que es el punto de arranque de esta crisis. No debe olvidarse que algunas firmas como el banco de inversiones que auditan estas entidades están a su vez colocando sus bonos en el mercado, lo que lleva a la irresponsabilidad de conseguir que agencias de calificación crediticia mejoren la calificación de los activos compactados para venderlos más fácilmente.

La crisis norteamericana pronto llegó a Europa, de modo que en la segunda mitad del 2008 la economía de la eurozona se contrajo un 0,2%. Dinamarca, Francia y Alemania fueron los primeros países europeos afectados por la crisis. Y como era de esperar también llegó a España. En España, pese a la información que parece haberse extendido, curiosamente la regulación y el control sobre las instituciones financieras hizo que la banca estuviera inicialmente mejor preparada para los primeros envites, si bien el efecto “dominó” que arrasó la globalización no impidió que nuestro sistema financiero se viera igualmente afectado hacia finales del 2008, con el primer efecto demoledor para nuestro país: la reducción del crédito y con ella la drástica falta de liquidez, con reducción del consumo y bajada de la inflación, y con un riesgo de deflación, que no es sino la caída generalizada del nivel de precios de bienes y servicios en una economía, y con ello, obviamente, se genera una disminución de la actividad económica y un aumento del desempleo.

Las coordenadas expuestas son las causantes de una situación que solo se explica desde la cultura española hacia la vivienda en propiedad. Esta cultura se había visto indudablemente favorecida por la etapa dorada de bonanza económica que en los albores del Siglo XXI vivió España, que asumió un rol preponderante en la economía mundial en gran medida como consecuencia de su crecimiento económico en Latinoamérica. En ese contexto podría decirse que el aumento de la liquidez vino a consolidar lo que se denominó el “boom” inmobiliario, siendo que nuestro país se alimentaba fundamentalmente de la construcción. Las coordenadas de crisis mundial sin embargo han arrastrado al sector inmobiliario poniendo fin a esa era dorada de la construcción, consecuencia de las dificultades para la financiación y con ello una destrucción masiva de desempleo y de desaparición de determinados sectores productivos ligados estrechamente a la construcción. Muy probablemente por ello es por lo que la caída del crecimiento en España se ha dejado sentir más acusadamente que en el resto de Europa.

Ante esta situación la crisis económica ha azotado a numerosas familias a las que ha alcanzado con desempleos y sin poder cubrir las hipotecas que se habían suscrito para el pago de las viviendas. Ello provocó que se precipitaran multitud de desahucios debido a impagos de hipotecas, generando verdaderos dramas personales y con ellos sociales. Mucho se ha hablado y escrito en estos últimos tiempos en torno a posibles medidas que pueden adoptarse para paliar esta situación, siendo al respecto interesantes las siguientes. De ahí que con carácter de urgencia se adoptare una norma provisional que incorporase medidas

urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, dando lugar a la aprobación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹. En la actualidad se encuentra, sin embargo, en tramitación, la norma que con rango de Ley otorgará dicha protección incorporando una serie de medidas que permitan adaptar a cada caso concreto la búsqueda de una solución transitoria y negociada de los que por aplicación de la norma se encontraban en situación de desahucio.

Igualmente se ha hecho especial referencia en los últimos tiempos a la aplicación de los códigos de buenas prácticas de la banca, para favorecer la flexibilización de los deberes hipotecarios. En el mes de marzo de 2012 se aprobó en España el Código de Buenas Prácticas que suscribió la banca

para resolver el problema de los hogares hipotecados. Es un convenio de adscripción voluntaria y que prácticamente casi todas las entidades han suscrito. En ellos los favorecidos que son todos los hipotecados pueden establecer una suerte de negociación en la que cabe por un lado cuando se trata de hipoteca sobre vivienda habitual que no exceda de 200.000 euros en las grandes ciudades o 120.000 en las poblaciones de menor tamaño, incluir, ante la imposibilidad de hacer frente a sus pagos, un periodo de carencia de cuatro años y un potencial alargamiento del resto del crédito a 40 años.

Se trata de una renegociación en términos muy favorables. Incluso entre las medidas que pueden adoptarse se hace referencia a lo que se denomina la propuesta de una quita equivalente al 25% del capital pendiente, descontando de la deuda restante la cuantía equivalente a las cuotas ya cubiertas.

¹ BOE 16 noviembre de 2012. Este Real Decreto se aprueba ante las circunstancias excepcionales que atravesaba el país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encontraban en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exigiéndose la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyeran a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Es por ello que se aprueba la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el real decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas. La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. De un lado, los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género. Asimismo, en las familias que se acojan a esta suspensión los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Además, es necesario que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este período de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual. Adicionalmente, se incluye un mandato al Gobierno para que emprenda inmediatamente las medidas necesarias para impulsar, con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario.

Merece especial atención, probablemente porque es la medida que más se ha pronunciado y exigido en los últimos meses, de la denominada “dación en pago”, que consiste en entregar la vivienda para zanjar la deuda. Puede evitarse el lanzamiento mediante el pago del 3% de la deuda pendiente en concepto de alquiler y permanecer en la vivienda por un plazo máximo de dos años. No es una medida nueva, dado que está contemplada en la legislación española en el artículo 140 de la ley Hipotecaria, si bien depende de la buena voluntad de las entidades si no existe un acuerdo suscrito previamente en el contrato de préstamo. Lo que es novedoso es la pretensión de incorporar esta medida como obligatoria para la banca, y desde luego la pretensión de que la misma se aplicase con carácter retroactivo no es aceptada por nadie, a salvo de generar inseguridad jurídica. Pese a ese aplauso generalizado, no debe considerarse como una medida consecuencia del impago, y ello por cuanto no todas las familias estarían dispuestas a la dación en pago para saldar la deuda, perdiendo su hogar familiar, y no siempre –o casi nunca más bien- la banca estaría dispuesta a ello, dado que se convertirían, aún más si cabe, en inmobiliarias con stocks que podrían provocar situaciones más gravosas de las que se presentan en la actualidad.

Estos conflictos provocados y producidos en el sector bancario venían siendo planteados exclusivamente en sede judicial, generando un verdadero caos en los tribunales y provocando un verdadero sentimiento de frustración a los usuarios. En estos últimos meses se ha reiterado con mayor intensidad la necesidad de ir adaptando a los conflictos

que pueden plantearse en el sector bancario no solo las normas que regulan la tutela jurisdiccional efectiva de los ciudadanos ante estos conflictos sino también la de favorecer la incorporación y adaptación de las ADR (soluciones extrajudiciales) a los conflictos bancarios. Una de esas fórmulas, que no la única, que ha arrancado con mucho ímpetu en España es la de la mediación hipotecaria, que trabaja para buscar la mejor de las soluciones en el contexto que vivimos y que además sea la que las mismas partes entienden como la negociada. En suma, pretende trabajar con el sector bancario y con los usuarios y consumidores de la banca para paliar esta grave situación en la que nos hallamos.

En ese contexto de búsqueda de soluciones extrajudiciales, y no como fruto de la situación de crisis actual sino como incorporación desde hace ya algún tiempo, merece destacarse la labor que ha venido desempeñándose por la figura del *Ombudsman* bancario y de la estrecha relación que puede encontrarse, así como las diferencias, con el Servicio de reclamaciones del Banco de España. Son figuras diversas, que surgen por motivos diferentes y con funciones igualmente distintas, si bien enlazan con esa idea loable de evitar la conflictividad en el mundo bancario y tratar de buscar la mejor de las soluciones en un contexto económico en el que la negociación y los acuerdos son las únicas vías que pueden llevar a paliar este malestar y descontento que se vive en todos los lugares de España, de Europa y allende las fronteras europeas. ¿Es la panacea? Evidentemente no, pero puede incorporarse como una buena medida paliativa a este desencanto ético, humano y social que desgarradoramente vivimos.

2. *Ombudsman Bancario. Su incorporación al ordenamiento jurídico.*

La institución del *Ombudsman*², conocido en español como Defensor del Pueblo, puede llegar a cumplir un papel fundamental en la mejora de la convivencia social y en la aplicación de las técnicas ADR en sectores caracterizados por su complejidad y tecnicidad, tales como el sector de las telecomunicaciones, de la energía, de seguros, financiero, etc. Aun siendo una institución no desconocida, no ha cumplido la enorme proyección social que puede llegar a alcanzar como consecuencia de las funciones de pacificación social que puede tener atribuidas en diversos ámbitos conflictuales.

Cierto es que la referencia a una institución como ésta ha sido fruto de la modernidad, si bien no se trata de un concepto novedoso, más bien al contrario. Su origen data de 1809, año en que fue creada, en la Constitución sueca, la institución del *Justitieombudsman*³, (en español, Comisionado de Justicia). Nació con una finalidad concreta: la de corregir

los abusos realizados por la administración pública. Con posterioridad, en el año 1971, se instauró también en Suecia un Tribunal de Defensa del Consumidor, así como la oficina del *Ombudsman* de los consumidores⁴; su objetivo principal consistía en garantizar que las leyes de protección de los consumidores fueran cumplidas.

Nótese que en sus inicios fue un término acuñado para el sector público, surgía como una cortapisa a la libertad del tráfico económico, estrictamente limitado por las decisiones públicas. Sin embargo, su continua y constante evolución ha supuesto su asimilación también para el sector privado, convirtiéndose en una figura de gran relevancia e impacto en las relaciones jurídico-privadas debido a su “flexibilidad, accesoriabilidad, menores costes económicos y función de prevención”⁵ para garantizar y salvaguardar los intereses individuales y colectivos de los consumidores. Esa protección en torno a la función tuitiva sobre los consumidores ha abierto enormes expectativas para el desempeño de su función y para la expansión objetiva y subjetiva de la misma.

- 2 Respecto al origen etimológico de la palabra y su significado, véanse, SAN MARTÍN, J.: “Dos años de experiencia del primer ombudsman del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, Nº 7, País Vasco, 1991, pp. 27-28, VON JIPPEL, T.: *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 2, MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV.: *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, dir. por CUÑAT EDO, V., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 216-217, y <http://defensorpueblo.blogspot.ch/2007/08/la-significacin-etimologica-del.html>, consultada el día 12 de enero de 2013.
- 3 MARSHALL, M., REIF, L.: “The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution”, *Alberto Law Review*, 1995, Nº 34, pp. 215-220, y KUCSKO-STADLMAYER, G.: *European Ombudsman-institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Viena, 2008, p. 1.
- 4 Al respecto, MORA, A., IMBERNÓN GARCÍA, M. J.: *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, pp. 29-42, EDLING, A.: “La experiencia Sueca: el Ombudsman del Consumidor”, *Estudios de Consumo*, Nº 24, Instituto Nacional de Consumo, 1992, pp. 72-79, KUCSKO-STADLMAYER, G.: *European Ombudsman-institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Viena, 2008, p. 1, VON JIPPEL, T.: *Der Ombudsmann im Bank-und Versicherungswesen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 2-5, y <http://defensorpueblo.blogspot.ch/2007/08/la-significacin-etimologica-del.html>, consultada el día 22 de enero de 2013.
- 5 BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 87.

Así pues, el ordenamiento jurídico sueco creó otros *Ombudsmen*, con idénticas funciones que los Comisionados, pero con finalidades específicas, entre los que destaca, a título de ejemplo, el “*ombudsman* de la libertad de empresa” creado en 1954. Sin embargo, debe destacarse que Suiza fue uno de los primeros países, si no el pionero, en crear un *Ombudsman* como una organización privada e independiente para un sector concreto y más complejo, el de seguros. Fue denominado *Versicherungsbudsmann*⁶.

Aun cuando los orígenes vinieron marcados por las actuaciones anteriores, cuando del sector bancario se trata se produjo un importante paso en el Reino Unido, al surgir el primer *Ombudsman* bancario en 1986, bajo la iniciativa de 17 bancos británicos⁷.

Y, como era de esperar, esta innovación tuvo su proyección en diversos países europeos entre los que destaca nuestro país. Así, precisamente, un año después, en el marco del proceso de liberalización del sector bancario⁸, se estableció en España un órgano de naturaleza administrativa destinado a atender las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios financieros, así como promover todas aquellas actuaciones que faciliten el conocimiento de la normativa en materia de transparencia y protección de la clientela⁹. Surge lo que se denominó como el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en adelante, SRBE)¹⁰, que, como bien indica su nombre, se ha constituido como un servicio sin personalidad jurídica dentro del propio Banco de España. Evidentemente esta

- 6 Véase su web oficial: <http://www.versicherungsbudsmann.de/home.html>, consultada el día 22 de enero de 2013.
- 7 Véase la web oficial del *Financial Ombudsman* en Reino Unido, <http://www.financial-ombudsman.org.uk/>, consultada el día 22 de octubre de 2012. Véanse, también, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “En torno a los ombudsmen bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 26, 1984, pp. 436-437, LEIBOWITZ, D., LESTER, C.: “Banking and finance disputes”, en AA.VV.: *ADR and Commercial Disputes*, ed. por R. CALLER, Sweet&Maxwell, Londres, 2002, pp. 32-35 y ANDREU MARTÍ, M. M.: *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 174-181 y 187-197.
- 8 Fue un proceso iniciado en 1981 que culminó con su creación de conformidad con la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de depósito. En la actualidad este servicio está regulado por la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, de 20.09.1990). Al respecto, MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *op. cit.*, pp. 217-218, AA.VV.: *Manual de sistema financiero español*, dir. por A. CALVO BARNARDINO, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 110-115.
- 9 Véase el listado de toda la normativa sobre transparencia de operaciones y protección de la clientela, por orden cronológico y por materias, véase, BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2011”, pp. 290-292, encontrada en: <http://www.bde.es/fi/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/11/MSR2011.pdf>, consultado el día 22 de enero de 2013.
- 10 Véase su web oficial: <http://www.bde.es/bde/es/>, consultada el día 19 de enero de 2013. Sobre la evolución del Banco de España, véanse, MARTÍN ACEÑA, P., MARTÍNEZ RUIZ, E., NOGUES MARCO, P.: “The Bank of Spain: a national financial institution”, *Documentos de Trabajo*, N° 1205, Asociación Española de Historia Económica, Madrid, 2012. Documento encontrado en: www.aehe.net, consultado el día 19 de enero de 2013. En general, sobre este Servicio del Banco de España, véanse, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV.: *Contratos bancarios*, dir. por R. GARCÍA VILLAVARDE, Civitas, España, 1992, pp. 897-966, RUBIO VILAR, J.: “Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España: La experiencia del Servicio”, *Estudios de Derecho Judicial*, N° 3, 1996, pp. 519-568, y PANCORBO LÓPEZ, M. L.: “El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como órgano de resolución de controversias bancarias y de protección de la clientela bancaria”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, N° 237, 2001, pp. 967-1012.

vía es de naturaleza pública y responde a unos objetivos muy claros que favorecen la transparencia del sistema bancario y en suma la protección de la clientela bancaria en general. Este modelo no es contradictorio con la concurrencia de la figura del *ombudsman* bancario, cuya estructura procedimental y su función como medio de resolución de las controversias surgidas en las relaciones jurídico-privadas establecidas entre las entidades financieras y sus usuarios vamos a analizar.

Queremos, sin embargo apuntar que, en ámbitos como el que nos ocupa, caracterizados por su complejidad y su especificidad, el hecho de poder acudir a un tercero independiente, pero a la vez experto en la materia, supone un gran avance para el reforzamiento de la paz social, así como de las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes bancarios. Quizás el gran problema que se ha vivido en la mayor parte de Europa ha sido el no saber presentar una figura como la que se analiza, en la que el *expertise* que ofrece y la posibilidad que entraña de llegar a situaciones *ad hoc* pactadas para cada caso concreto son sus grandes valores. Sin embargo esa idea de falta de neutralidad provocada por su propia inserción en el banco ha lastrado muchas de las ventajas y bondades que el modelo comporta. Y muy probablemente por ello los clientes bancarios han venido acudiendo a los tribunales, terceros ajenos al conflicto, para buscar soluciones. Hay que cambiar esa cultura de litigiosidad y envolver la

propuesta que permite acudir a las técnicas ADR para solucionar sus problemas con las entidades financieras como medios mucho más adecuados para alcanzar una mayor paz en el sector bancario, derivada del alto índice de satisfacción que podría alcanzarse tanto por los clientes como por la banca. Los resultados no pueden ser los mismos que mediante la imposición de un juez de la solución fundada en la norma jurídica.

Y precisamente en ese impulso de las ADR y en esa aplicación de las técnicas no jurisdiccionales en la búsqueda del control del conflicto bancario se ha manejado la doble vía: por un lado, el SRBE, de naturaleza pública, y por otro, el legislador español ha previsto la posibilidad de que las propias entidades financieras, en virtud del principio de autorregulación, proporcionen a sus clientes una vía rápida, eficaz y extrajudicial de resolución de tales problemas. Así, las entidades bancarias han previsto que sus clientes acudan a un mediador independiente, imparcial y experto en materia bancaria, para que proponga una solución adecuada y lo más beneficiosa posible para ambas partes.

Esta institución se conoce como Defensor del Cliente. La primera referencia a esta figura la encontramos en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989¹¹, siendo además la primera mención reglamentaria a la figura del Defensor del Cliente¹², que apareció en nuestro ordenamiento ligada a la del SRBE. Esta Orden Ministerial incorporó un trámite en el procedimiento de resolución

11 Derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros.

12 ANDREU MARTÍ, M. M.: “Notas sobre la figura del defensor del cliente en la práctica bancaria española”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 54, 1994, pp. 425-448, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: “Contratación bancaria y consumo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 30, 1988, pp. 259-328, MARCO COS, J. M.: “La protección del cliente de la entidad de crédito”, *CDC*, N° 17, 1995, pp. 107-141.

de la controversia del SRBE. Así, exigió la previa comparecencia ante el Defensor del Cliente u órgano equivalente, en caso de que la entidad ya lo hubiera instaurado, antes de poder presentar la queja, reclamación o consulta ante el SRBE, si bien no se especificaron los requisitos y características que debía reunir, otorgando plena libertad de regulación a las entidades de crédito. Encontramos ejemplos de entidades que ya disponían de este órgano. Precisamente, el pionero fue un banco privado, el Banco Bilbao en 1986, siguiéndole, un año más tarde, la Federación Catalana de Cajas de ahorro, quien designó a un jurista como defensor del cliente. Merece reseñar que en su primer año de funcionamiento estos dos *ombudsmen* recibieron 515 quejas de sus clientes¹³, cifra que ya hacía presagiar la relevancia y las repercusiones que iban a tener estos sistemas de resolución de conflictos en las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos observar que existe una peculiaridad en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, como señala MARIMÓN, contamos con un “sistema de doble escalón [...] los Ombudsmen designados por las entidades de crédito a título individual o colectivo y un defensor público, habilitado

por el Estado e integrado en la estructura organizativa del Banco de España”¹⁴. Son dos variables de *Ombudsmen*. Por un lado, los que se instituyen por las propias entidades financieras, que tienen aún poca presencia en la práctica conflictual bancaria y el podríamos decir verdadero *Ombudsman*, que es el que con esa naturaleza pública que le abre mayores ámbitos de actuación, se despliega siendo común a todas las entidades financieras, que es el SRBE¹⁵.

3. Instituciones específicas del Ombudsman Bancario Español

Como hemos apuntado, en el marco de la resolución de conflictos nacidos en el seno de una relación jurídica entre una entidad financiera y sus clientes, hay previstos diversos órganos extrajurisdiccionales, (Servicio de Atención al Cliente, Defensor del Cliente y SRBE), que cumplen idéntica función pero entre los que existe una relación de *cuasi-jerarquía*.

3.1. El Servicio de Atención al Cliente y el Defensor del Cliente

En las páginas anteriores hemos aludido a la figura del Defensor del Cliente¹⁶ como

13 Véanse, y SAN MARTÍN, J.: “Dos años de experiencia del primer ombudsman del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, Nº 7, País Vasco, 1991, pp. 27-28, http://elpais.com/diario/1988/08/07/economia/586908007_850215.html, http://elpais.com/diario/1995/01/05/economia/789260415_850215.html, consultadas ambas el día 23 de enero de 2013.

14 MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, *op. cit.*, p. 219.

15 RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, *op. cit.*, p. 618 y MORENO LISO, L.: “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 122, 2011, p. 82.

16 Al respecto, véanse, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. A., RODRÍGUEZ PARADA, S. M.: “La protección del cliente bancario ¿realidad o utopía?”, *Tribuna de Economía*, Nº 814, 2004, pp. 224-229 y VEGA SERRANO, J. M.: *La regulación bancaria*, La Ley, España, 2011, p. 124.

un *Ombudsman* designado por la propia entidad de crédito. Sin embargo, en 2002, el legislador español fijó la obligatoriedad de contar con un Departamento o Servicio de Atención al Cliente como órgano de resolución de quejas y reclamaciones. Asimismo estableció el carácter potestativo del Defensor del Cliente¹⁷.

Lo significativo de la nueva regulación no es el hecho de que se deba crear un Servicio de Atención al Cliente, pues muchas de las entidades de crédito que operaban en España contaban ya con servicios similares encargados de resolver de una manera eficaz las quejas y reclamaciones de sus consumidores, sino la obligatoriedad de su implantación. Esta obligatoriedad ha supuesto en la práctica que las entidades tomaran conciencia de la esencialidad de este servicio para mantener las buenas relaciones con los clientes. En la actualidad esta idea se ha venido a reforzar de forma exponencial. Fue a partir de ese momento cuando se adoptaron una serie de medidas necesarias para que el nuevo modelo implantado y especialmente los procedimientos que se puedan desarrollar en su seno respeten los “principios de rapidez, seguridad, eficacia y coordinación”¹⁸.

Así las cosas, todas las entidades bancarias españolas supervisadas por el Banco de España están obligadas a tener un Servicio de Atención al Cliente y, potestativamente, un Defensor del Cliente. De ahí que surja la cuestión de si son necesarias ambas instituciones y, en su caso, el grado de relación que deben mantenerse. En este sentido, como punto de partida, debe afirmarse que la relación que existe entre ambos es de *cuasi-jerarquía*, puesto que, en caso de que un cliente interponga una queja, puede hacerlo en primer lugar ante el Servicio de Atención al Cliente y, en caso de que no esté conforme con la resolución, puede acudir al Defensor del Cliente, en aquellos casos en los que la entidad de crédito contra la que reclama lo haya establecido, actuando este órgano como una segunda instancia¹⁹. Por tanto, vemos que constituyen dos instancias sucesivas de resolución extrajudicial de conflictos, que no alternativas.

El problema de estos *Ombudsmen* es que son creados por las propias entidades, quienes además, elaboran los reglamentos internos que los regulan²⁰, por lo que realmente no pueden ser entendidos como un tercero ajeno a los clientes. Y ello es lo que ha pro-

17 Art. 29.1 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (BOE Nº 281, de 23.11.2002).

Con respecto a estos organismos, el Banco de España, tras su verificación, hace públicos sus nombres, sus datos de contacto y, en el caso de las entidades de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pago, sus reglamentos. Se puede consultar la lista de las entidades de crédito y de sus servicios de atención y defensa de los clientes en: <http://app.bde.es/sac/app/search?CFG=atencionCli.xml&TipoFormato=XSL&Paginate=OPEN>, p. 17, consultada el día 22 de enero de 2013.

18 BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2007”, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2007/, consultada el día 22 de enero de 2013.

19 BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2011”, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2011/, consultada el día 23 de enero de 2013.

20 Véanse, a título de ejemplo, los Reglamentos del Defensor del Cliente del BBVA, encontrado en: http://www.bbva.es/TLBS/fsbin/mult/ReglamentoDefensadelcliente_DIC2011_tcm423-219670.pdf, consultado el día 5 de noviembre de 2012, y del Banco Santander, encontrado en: <https://www.bancosantander.es/cssa/StaticBS?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1320585612805&cachecontrol=immediate&ssbinary=true&maxage=3600>, consultado el día 5 de enero de 2013.

vocado durante su tiempo de vida jurídica las reticencias de los clientes. Básicamente se cuestiona su independencia respecto de la entidad bancaria y especialmente y sobre todo su imparcialidad. Efectivamente, el Servicio de Atención al Cliente es un departamento que forma parte de la propia estructura organizativa de la entidad, si bien se prevé en la legislación que las entidades de crédito deben garantizar la autonomía de sus decisiones. Esta ha sido una de las razones por las que se discute acerca de la independencia de este organismo y lo que genera –insistimos– recelo respecto de su bondad como institución pacificadora de los conflictos bancarios.

Por el contrario, el Defensor del Cliente no ha resultado tan problemático, puesto que el tercero que resuelve la reclamación es un experto en la materia y con un reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero. Pero el aspecto relevante que hace que esta instancia esté “bien vista” por los consumidores es que se trata de una persona ajena a la organización o entidad de crédito, aunque creemos conveniente señalar que, al igual que las personas que pertenecen al Departamento de Atención al Cliente, su designación corresponde al Consejo de Administración de la entidad²¹, por lo que, en mayor o menor medida, ambas están vinculadas a la entidad.

3.2. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España

El SRBE se configura como una institución independiente, adscrito a la Secretaría General del Banco de España, aunque en sus inicios se creó como “una unidad de trabajo asignada a los Servicios Jurídicos de esta institución”²² y “dependiente de la jefatura de éstos, que vela por el cumplimiento de la normativa bancaria de disciplina e intervención, a la vez que protege a la clientela, aunque de forma indirecta”²³. Es un servicio independiente que ajusta su funcionamiento a los principios de “transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación”²⁴.

El SRBE cumple una doble función: la función resolutoria y la función informativa. La función resolutoria consiste básicamente en recibir, tramitar y solucionar todas las reclamaciones y quejas presentadas por los clientes de las entidades bancarias supervisadas relativas a la adecuación de las actuaciones a las buenas prácticas y usos bancarios²⁵.

Respecto a la función divulgativa o informativa, el SRBE elabora una variedad de documentos cuya finalidad es hacer que los consumidores y usuarios de servicios bancarios tengan conocimientos suficientes sobre los criterios, requisitos y normas

21 Así lo establece el art. 5.2 de la Orden ECO/734/2004.

22 BANCO DE ESPAÑA: “Memoria de Reclamaciones, 2007”, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2007/, consultada el día 19 de enero de 2013.

23 Capítulo II de la Circular 8/1990.

24 http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Servicio_de_Recl/, consultada el día 5 de enero de 2013.

25 Sobre el concepto de buenas prácticas y usos bancarios, véanse, por ejemplo, RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, op. cit., pp. 573-578, GARCÍA TALLÓN, M. L.: “La protección de los consumidores de servicios financieros en el sistema español. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, encontrado en: https://www.asfi.gob.bo/Portals/0/Documentos/Presentaciones/La_proteccion_de_los_consumidores.pdf, consultada el día 19 de octubre de 2012, FARRANDO MIGUEL, I.: “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios de Consumo*, Nº 56, 2001, pp. 99-164.

relativas a la operatividad bancaria. Estas publicaciones no sólo difieren en su periodicidad, sino también en su contenido. Así, podemos encontrar, además de informes trimestrales, una memoria anual²⁶, publicada en su propia web, cuyo contenido está conformado por datos estadísticos, recopilación de los informes trimestrales y del Libro relativo a la normativa sobre transparencia y protección de la clientela, tanto a nivel nacional como comunitario. Todos estos documentos nos parecen de gran utilidad, dado que proporcionan una serie de datos e información desde una visión interna y práctica del funcionamiento de este medio extrajudicial de resolución de conflictos dentro del ámbito bancario.

4. Procedimiento de reclamación

Aun cuando en el ámbito de los conflictos bancarios se han establecido órganos diferentes de resolución de extrajudicial, que además mantienen una relación de *cuasi-jerarquía*, es, sin embargo, posible analizar en conjunto las líneas generales del procedimiento a seguir en este modelo de gestión de conflictos.

4.1. Líneas generales

El procedimiento que debe seguir el cliente bancario es relativamente sencillo y comprensible para un usuario medio. De no ser así, perdería su eficacia e interés por el

mismo. Ahora bien, antes de poder acudir al SRBE, el cliente bancario deberá cumplir con un trámite previo: presentar la reclamación o queja ante el Servicio de Atención al Cliente o, si está previsto, ante el Defensor del Cliente de la entidad.

4.1.1. Presentación de la reclamación ante el Defensor del Cliente

El Defensor del Cliente es competente para conocer de las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros acerca de la adecuación de las actuaciones de las entidades de crédito a las buenas prácticas y usos bancarios. Sin embargo, no tiene competencia para conocer de aquellas cuestiones sometidas o resueltas en vía judicial, arbitral o administrativa ni para aquellas que superen el límite cuantitativo fijado por la propia entidad (6.000€ aproximadamente).

Admitida a trámite la reclamación planteada, ésta es comunicada a la entidad de crédito, para que, conozca de la misma y obviamente, presente sus alegaciones. Toda la información recabada servirá al Defensor para emitir su decisión. Este trámite es imprescindible para cumplir con el principio de contradicción que favorece la defensa de cada una de las partes.

Este trámite previo no puede superar el plazo de dos meses, lo que conlleva la necesidad de respetar ese principio de coordinación y agilidad que apuntábamos anteriormente,

26 La OM de 3 de marzo de 1987 dispuso que el SRBE debía elaborar y publicar anualmente una Memoria del Servicio prestado, que debía incluir “un resumen estadístico de los expedientes tramitados, así como una descripción de las reclamaciones cuyo expediente haya concluido con un informe favorable al reclamante, agrupadas en función del tipo de operaciones con las que guarden relación y con indicación de los criterios seguidos por el Servicio respecto de las cuestiones planteadas”.

en especial si el Defensor del Cliente actúa como segunda instancia. Finalizado este trámite previo, quedará abierta la vía para poder acudir al SRBE.

Cabe señalar que la vinculación de las decisiones de uno u otro órgano difieren entre sí. Así pues, las resoluciones del Servicio de Atención al Cliente serán vinculantes si así lo ha previsto la propia entidad de crédito – recordemos que disponían de plena libertad de regulación relativas a la configuración de su estructura y facultades–, mientras que las decisiones emitidas por el Defensor del Cliente no son vinculantes para el cliente –quienes, en caso de aceptarla, deberán comunicarlo por escrito, así como renunciar al uso de cualquier otra vía de reclamación– pero sí para el banco, esto es, la decisión del Defensor del Cliente favorable a la reclamación vinculará a la entidad²⁷. La razón de esta peculiaridad estriba en el hecho de que se trata de un órgano creado por la propia entidad, y por ende, vinculado a ella. Esta especial vinculación supone que no se trata de un mediador al uso, ni tampoco de un árbitro, sino de una figura intermedia²⁸.

Por tanto, es posible acudir a la instancia del SRBE cuando concurra la circunstancia de que se haya inadmitido la reclamación mediante escrito motivado, cuando la decisión adoptada no satisfaga las pretensiones del

cliente reclamante y cuando, planteada la reclamación, no se haya obtenido respuesta en el plazo máximo de dos meses.

4.1.2. Presentación de la reclamación ante el SRBE

Este *Ombudsman* bancario tiene competencia para conocer, al igual que el Defensor del Cliente, de todas las reclamaciones y quejas presentadas ante él por cualquiera de las vías previstas –personalmente en un registro del Banco de España, por correo postal o a través de la Oficina Virtual del Servicio de Reclamaciones²⁹– por los usuarios de sus entidades supervisadas. Así, una vez recibida la reclamación, y tras las comprobaciones pertinentes de que el reclamante se encuentra en alguna de las situaciones anteriores y de que no existe una causa de inadmisión³⁰ de la reclamación, el Servicio de Reclamaciones procede a la apertura del expediente. Es importante, por ello, concretar los lindes competenciales atribuidos a este tercero experto. Así pues:

1. Por un lado, el SRBE no puede entrar a conocer de las cuestiones que, en el momento de plantearse la reclamación, están siendo objeto de litigio ante los Tribunales de Justicia o ante cualquier otro órgano arbitral o administrativo, ni cuando exista una resolución previa

27 LAPUENTE SÁNCHEZ, R.: *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 350.

28 En el mismo sentido, MORENO LISO, L.: “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *op. cit.*, p. 82.

29 La reclamación puede ser presentada mediante la cumplimentación de un formulario que puede obtenerse en la web de la Oficina Virtual: https://sedeelectronica.bde.es/sede/es/menu/ciudadanos/Reclamaciones_y_2e85b7714582d21.html, consultada el día 3 de enero de 2013.

30 Sobre las causas de inadmisión, véanse, IGNACIO FARRANDO, M.: “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios sobre Consumo*, Nº 56, 2001, pp. 158-163, y BANCO DE ESPAÑA: “Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2009”, pp. 205-207, encontrada en: http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/2009/, consultada el día 19 de enero de 2013.

sobre la misma cuestión planteada emitida por algún otro órgano judicial, arbitral o administrativo.

2. Por otra parte, carece de competencia para conocer de reclamaciones en las que se han omitido o no se han concretado datos esenciales necesarios para su tramitación y no subsanables, o en los que se alude a hechos acaecidos más allá del plazo de cinco años.
3. Igualmente, tampoco puede conocer de cuestiones de Derecho privado en sentido estricto como son las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de las cláusulas contractuales.
4. Tampoco puede pronunciarse en caso de que se observen diferencias esenciales entre el contenido de la reclamación o queja remitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España y el contenido de la reclamación formulada ante el Servicio de Atención al Cliente o Defensor del Cliente, puesto que el objeto reclamado debe ser el mismo en ambas instancias.
5. Por último, el SRBE carece de capacidad alguna para conocer de asuntos cuyo conocimiento y análisis corresponda juzgar a otros organismos de supervisión tales como la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Dirección General de Seguros.

Con respecto a quiénes están legitimados para acceder a esta institución, cabe señalar que no existe restricción en cuanto a su naturaleza jurídica. Esto es, pueden presentarlas, por un lado, las personas físicas o jurídicas –españolas o extranjeras– con capacidad de obrar conforme a Derecho, en su condición de usuarios de servicios financieros y siempre que se refieran a sus intereses y derechos legalmente reconocidos

y, por otro lado, las asociaciones y organizaciones de consumidores, siempre y cuando estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos legalmente establecidos en materia de defensa de los consumidores.

El procedimiento llevado a cabo en esta instancia es bastante simple, puesto que, tras la apertura del expediente correspondiente, se comunicará dicha actuación al reclamante en el plazo máximo de 10 días hábiles, tras lo cual, se dará traslado del mismo a la entidad reclamada para que presente sus alegaciones y la documentación que estime oportuna.

Sin embargo, el SRBE dispone de la facultad de recabar información o documentación concreta en caso de que considere que la aportada es insuficiente para un correcto análisis de la reclamación planteada.

Cuando disponga de toda la información, lógicamente podrá formarse una opinión al respecto y, en el plazo de cuatro meses desde la fecha de presentación del escrito de reclamación o queja, emitir su informe que en todo caso estará motivado.

No obstante, ello no es óbice a que, bien porque el cliente ejercite su derecho de desistimiento o bien porque sea la entidad la que se allane a las pretensiones, se pueda finalizar el procedimiento antes de la emisión de este informe motivado.

4.2. Terminación del proceso: el informe del SRBE

El expediente de reclamación o queja se cierra mediante la emisión de un informe motivado relativo a si la actuación de la entidad de crédito ha supuesto un quebranto

de las normas de transparencia y protección de la clientela y sobre si ésta es ajustada a las buenas prácticas y usos bancarios. Así pues, el informe emitido por el SRBE constituye la vía normal de terminación de todo este proceso.

Si bien este organismo es de naturaleza administrativa, el informe no es un acto administrativo, lo que significa que no puede ser objeto de recurso alguno. Sin embargo, en aquellos casos en los que el informe fuera contrario a las pretensiones del cliente o, por el contrario, si siendo favorable el banco no ha cumplido las obligaciones en él contenidas, el cliente siempre podrá acudir a la vía judicial y aportarlo como prueba documental de gran fuerza³¹. Tampoco puede el informe entrar a valorar las indemnizaciones por daños y perjuicios, puesto que es competencia exclusiva de los jueces y tribunales.

Asimismo, este Ombudsman es un órgano que carece de *imperium*, de poder ejecutivo, por lo que los informes se configuran como instrumentos meramente informativos, esto es, carecen de carácter vinculante. Sin embargo, y a pesar de que las entidades no están obligadas a aceptar las conclusiones del informe, suelen acatarlas. Además, estos informes suelen tener otra finalidad, de gran relevancia por su utilidad, puesto

que sirven como impulso para las entidades supervisadas corrijan y rectifiquen las actuaciones que hayan sido declaradas como mala práctica bancaria.

No obstante, la obtención de estas resoluciones no será óbice a la búsqueda de la plena tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa. Es por ello que nos hallamos ante un medio de evitar la vía judicial pero a la vez de no imposibilitarla, de manera que en materia de conflictos producidos en el sector bancario debe siempre favorecerse la tutela del más débil, siendo que en este caso lo es el consumidor, y ofreciéndole, por tanto, la pluralidad de posibilidades a la hora de pretender solventar sus problemas, ya acudiendo a la misma institución, a través de los mecanismos que hemos ido exponiendo, o ya planteando a través de un mediador externo el conflicto y tratando de aportar una negociación al mismo, o bien acudir a un tercero que bien sea árbitro o bien sea juez, termine imponiendo la decisión por el mantenimiento de la contradicción hasta el final. En suma, la permeabilidad que se ofrece en los momentos en que vivimos a esa nueva idea de Justicia y de acceso a la Justicia en la que se implican los tribunales de justicia y las ADR³² de nuevo se pone de relieve en este ámbito conflictual bancario.

Capital social: ¿Quo vadis?

Mauricio París Cruz¹

Introducción

La rapidez con la que se producen los cambios sociales y económicos es tan vertiginosa que el último en percatarse de ellos es el legislador. Para cualquier operador jurídico es claro el desfase existente entre la realidad socioeconómica y la legislativa, siendo más latente en ciertos ordenamientos y ciertas materias. El derecho se construye sobre pilares que, en nuestro sistema, en muchas ocasiones se remontan a figuras propias del Derecho Romano, por lo que no es infrecuente que en oportunidades estos pilares sobre los que se han construido las edificaciones normativas modernas resulten anacrónicos o cuando menos insuficientes para afrontar los cambios que permitan una evolución de ciertas figuras jurídicas.

Así, nos encontramos con figuras que parecen haber perdido sentido o utilidad en la actualidad (o desde hace mucho tiempo), pero que tanto la jurisprudencia como la doctrina más conservadora se empeñan en defender, quizá porque su remoción causaría un impacto enorme en la forma como se han entendido las cosas hasta ahora, porque promulgar su eliminación enviaría a la basura bibliotecas completas, o porque simplemente a nadie le parece importante eliminarlas o al menos reformularlas. En cualquier

caso, conviene que el jurista se aparte de una visión dogmática del Derecho, y por el contrario adopte una visión crítica de éste, que le permita cuestionarse los cimientos mismos sobre los que durante siglos se ha asentado la Ciencia Jurídica que estudiamos en nuestras facultades.

Posiblemente una de las ramas del Derecho en que se aprecia con mayor facilidad la constante evolución de las figuras jurídicas sea en el Derecho mercantil. Las necesidades del tráfico económico y los bienes que se encuentran en juego hacen que constantemente surjan figuras novedosas, muchas veces producto de la combinación de figuras preexistentes. En las últimas décadas, en virtud de la intensificación de los fenómenos de la globalización, se produce un verdadero *mestizaje jurídico* entre los sistemas de anglosajones y los de tradición romano – germana, fenómeno que se aprecia en todo su esplendor en las reformas adoptadas en las últimas décadas por la República Popular de China, tendientes a fusionar lo mejor de ambos mundos jurídicos, aderezándolo con la tradición legal propia del mundo asiático.

Es en este contexto de flexibilidad y evolución en el que se mueve el Derecho mercantil, no deja de llamar la atención que si bien

31 MARIMÓN DURÁ, R.: "La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España", *op. cit.*, p. 246.

32 Puede verse BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

1 Máster en Asesoría Jurídica de Empresa, Universidad Carlos III de Madrid. Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.

los contratos, relaciones y obligaciones mercantiles se encuentran en revisión y evolución constantes, el Derecho societario sea acaso la rama donde se aprecia menor evolución normativa en las últimas décadas, al menos dentro de los países de tradición romanista, pese a ser las sociedades de capital el medio de actuación por excelencia dentro del Derecho mercantil. Salvo el surgimiento de algunas reformas para permitir mayor flexibilidad a determinadas figuras, en términos generales se continúa concibiendo a las sociedades de capital de la misma forma en que se les concebía desde mediados del Siglo XIX.

Partiendo de esta introducción, la figura que se pretende analizar en estas páginas es la del capital social en el Derecho societario, toda vez que es un buen ejemplo de esos pilares a los que hacía referencia líneas atrás, que se han ido diluyendo en el tiempo y que en la actualidad en muchos casos no tienen razón de ser, o al menos podrían ser reformulados a fin de darles un sentido más acorde con las necesidades del comercio moderno.

El tema se abordará enfocado principalmente en las sociedades cerradas, entendidas estas como aquellas que no cotizan en bolsa ni apelan al ahorro público, ya que probablemente muchas de las consideraciones que acá se harán tendrían un matiz distinto si se tratara de sociedades

cotizadas, toda vez que en esos casos existen distintos intereses en juego que merecen un análisis aparte.

Una de las principales diferencias que existen en materia de capital social entre los diversos países herederos de una tradición romanista, es que en algunos existe una exigencia de un capital social mínimo, mientras que en otros –como Costa Rica– tal requisito es inexistente². En este ensayo, con la finalidad de ilustrar ambos sistemas, se harán referencias tanto al ordenamiento jurídico costarricense como al español, toda vez que este último tiene un requisito de capital social mínimo. Como se verá, la utilidad del capital social resulta aún más cuestionable en aquellos ordenamientos en los que no existe una exigencia de capital social mínimo, quedando la fijación del importe de éste a la libre voluntad de las partes.

Haremos referencia también al ordenamiento jurídico español por cuanto el tema que nos ocupa es de actualidad en Europa, en virtud de las discusiones que se han venido planteando desde hace varios años tendientes a flexibilizar las disposiciones de la Segunda Directiva del Consejo Europeo sobre el Derecho de las sociedades³, y en virtud de la cual los ordenamientos comunitarios han seguido el principio europeo-continental del capital social mínimo⁴, y en cuanto a la sociedad anónima

2 Es necesario hacer una salvedad con respecto a la Sociedad de responsabilidad limitada, ya que el artículo 79 del Código de Comercio indica que su capital social debe estar dividido en cuotas de cien colones o múltiplos de esa suma, lo que hace que, en la práctica, el capital social de dichas sociedades deba ser de al menos esa suma.

3 Directiva 77/91/CEE de diciembre de 1976, que ha experimentado dos modificaciones: i) Directiva 2006/68/CE de 06 de setiembre de 2006, que incluyó modificaciones relativas a las aportaciones no dinerarias, adquisición derivativa de acciones propias y asistencia financiera para la adquisición de acciones propias. ii) Directiva 2009/109/CE de 02 de octubre de 2009, referida a las obligaciones de información y documentación en caso de fusiones y escisiones de empresas.

4 GARCÍA MANDALONIZ, Marta: *El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social*. En: HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coord): *Simplificar el derecho de sociedades*. Marcial Pons, Madrid, 2010. Pág. 281.

regulan el mantenimiento y modificaciones de su capital, el monto mínimo legal de éste, y múltiples disposiciones que pretenden proteger a acreedores mediante la regulación de la distribución de dividendos, la adquisición de acciones propias, ampliación y reducción de capital, entre otras. En tal Continente esta discusión se extiende a figuras más allá de la sociedad anónima, toda vez que parte de los puntos álgidos en las negociaciones para la adopción de la *Societas Privata Europaea*⁵, o sociedad privada europea, es precisamente el relativo a mantener o no la exigencia de un capital social mínimo en tal proyecto societario.

Breves antecedentes históricos.

De previo a profundizar sobre la materia, sirvan unas breves pinceladas históricas para evidenciar la antigüedad de la figura del capital social y el contexto en el que se ha desarrollado a lo largo de casi cinco siglos.

La historia del capital social está muy ligada a la de la sociedad anónima, que aparece por primera vez en el Siglo XVI como modo de articular las Compañías de las Indias que surgieron primeramente en los Países Bajos, Inglaterra y Francia, con el objeto de explorar los territorios del Lejano Oriente y de América. La sociedad anónima también encuentra un antecedente importante en

España, en la figura de los *asientos de avería*, que constituían un capital con personalidad jurídica propia destinado a cubrir los costes de escoltas armadas destinadas a brindar seguridad principalmente a la Flota de Indias de la Corona española en sus desplazamientos desde los recién descubiertos territorios americanos y hasta los puertos españoles⁶.

La naciente sociedad anónima representó una gran novedad por dos aspectos fundamentales: la limitación de responsabilidad de todos los socios al monto de sus aportaciones y la división del capital social en puestos o acciones. Si bien desde el Medioevo existían otros modelos de sociedad, como la colectiva o la comanditaria, la limitación de responsabilidad de todos los socios fue un elemento diferenciador en la sociedad anónima, ya que en la comanditaria la limitación de responsabilidad beneficiaba únicamente al socio comanditario y no al comanditado, mientras que en la sociedad colectiva, la responsabilidad más bien era agravada, ya que todos los socios respondían ilimitadamente de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos⁷.

Fue el Código de Comercio francés de 1807, primera codificación en materia comercial del mundo, el encargado no sólo de contemplar por primera vez y en un texto sistematizado, la posibilidad de estructurar

5 Se trata de un proyecto de la Comisión Europea tendiente a crear una sociedad mercantil con un marco jurídico flexible que pueda operar en todos los países de la Unión, con una marcada intención de facilitar las operaciones de las PYMES. En los proyectos existentes, se presenta como una figura similar a la sociedad de responsabilidad limitada española (SRL) o francesa (SARL), a la *Limited Liability Company* (LLC) británica, o a la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) alemana o austriaca.

6 Sobre el particular puede consultarse: HIERRO ANIBARRO, Santiago: *El asiento de avería y el origen de la compañía privilegiada en España*. En: *Revista de Historia Económica*. Año No. 23, N° Extra 1, 2005. Págs. 181 a 212.

7 GALGANO, Francesco: *Las Instituciones de la Economía Capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*. 1ª Edición. Ariel Derecho, 1990. Capítulo III, Págs. 77 a 100.

una sociedad como anónima y con capital social, sino también el responsable de que otras codificaciones posteriores como la alemana, italiana y española replicaran con pocas variantes tal modelo.

Aproximación a la figura.

CABANELLAS⁸ define capital social como la totalidad de los bienes pertenecientes a una sociedad, o de forma más particular, los bienes con los que se constituye para desenvolver sus actividades y responder en caso de obligaciones. Admite la posibilidad de que tal capital se amplíe, aunque curiosamente no menciona el supuesto de que disminuya. A esta definición debe achacársele el confundir capital social con patrimonio. El capital está vinculado a una cifra fija y convencional que se inserta en los estatutos, cifra que proviene de la suma de los valores nominales de las acciones o participaciones sociales en que se divide. Por su parte, el patrimonio se refiere al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico que pertenecen a la sociedad en cada momento.⁹ Así, el capital social es un concepto jurídico mientras el patrimonio es más bien uno económico.

SANCHEZ CALERO¹⁰ indica que el capital social es uno de los conceptos fundamentales dentro del régimen de la sociedad anónima, afirmando que ésta es al fin de cuentas un capital con personalidad

jurídica, misma conclusión a la que llegó el profesor GARRIGUES¹¹. El primer autor define la figura como la cifra que aparece determinada en los estatutos sociales y que va a figurar en el pasivo del balance bajo esa denominación y que representa el importe de las aportaciones de los socios.

Por su parte, VICENT CHULIA¹² lo define como un fondo de explotación empresarial integrado por las aportaciones de los socios. Aportaciones que se realizan con la finalidad de que la sociedad desarrolle inicialmente las actividades económicas que son propias de su objeto social. Consideramos esta definición más acertada, aunque limitada por cuanto se encuadra el concepto de capital social a aquel con el que se constituye la sociedad, siendo que éste no sólo existirá a lo largo de toda la vigencia de la sociedad, sino que también podrá sufrir variaciones en cuanto a su importe durante el plazo de existencia societaria.

El Código de Comercio de Costa Rica (en adelante CCOM) no contiene ninguna definición sobre capital social, siendo que en su artículo 18 inciso 8 indica únicamente que deberá consignarse en la escritura de constitución el monto del capital social y la forma y plazo en que deberá pagarse. Por su parte, la Ley de Sociedades de Capital española (en lo sucesivo LSC), tampoco define expresamente capital social, aunque ya desde su artículo 4 emplea este concepto al indicar que el capital social mínimo para

8 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, 2006. Pág. 63.

9 MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel (Directores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Madrid. Novena edición. Thomson Reuters, 2011. Págs. 411-412.

10 SANCHEZ CALERO, Fernando. "Principios de Derecho Mercantil" 16ª edición. Arazandi, 2011. Págs. 200-201.

11 *La S.A. es (...) un capital con categoría de persona jurídica. El concepto de capital ilumina la esencia de la S.A.* GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Séptima Edición, 1976. Pág. 437.

12 VICENT CHULIA, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. 21ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pág. 357.

las sociedades de responsabilidad limitada será de tres mil euros y el de las anónimas de sesenta mil euros. También indica en su artículo 5 que el capital social no podrá nunca ser inferior a los límites antes señalados, siendo que no se podrán inscribir sociedades infracapitalizadas, es decir con capital social inferior a tales límites, ni podrán adoptarse reducciones por debajo del mismo. Pese a no contener una definición expresa de capital social, la LSC enuncia una definición tácita de tal concepto en su artículo 22.1(c), al indicar que en la escritura de constitución se deberán incluir "*las aportaciones que cada socio realice, o en caso de anónimas, se haya obligado a realizar...*" Se define así capital social como aportación del socio en el acto de constitución de la sociedad, sin perjuicio de que de otros apartados se desprenda la posibilidad de que tal capital pueda ser aumentado o disminuido de conformidad con determinados supuestos y procedimientos detallados por la propia LSC.

Lo que sí comparten ambas legislaciones, al igual que la mayoría de los ordenamientos de tradición romanista es la exigencia del capital social como requisito de constitución de las sociedades. Es usual que en todos los códigos se exija que la escritura constitutiva indique el monto del capital social, por lo que éste es un requisito constitutivo en virtud de una expresa disposición legal.

Como parte de la aproximación a la figura, conviene mencionar brevemente una serie de características que, según diversos tratadistas¹³, constituyen principios rectores u ordenadores del capital social:

- I- **Determinación:** prácticamente en todos los ordenamientos de tradición romanista es indispensable la indicación de un capital social en la escritura constitutiva de la sociedad mercantil, con independencia de que en cada jurisdicción existan normas específicas que exijan un importe mínimo para el mismo.
- II- **Capital mínimo:** principio que sería aplicable al caso español, dado que en muchas otras jurisdicciones no existe un requisito de capital social mínimo, en donde si bien se debe indicar el monto de capital social como requisito constitutivo de la sociedad mercantil, no se establece ningún monto mínimo para el mismo.
- III- **Realidad o efectiva suscripción:** en tanto la entrega de acciones al socio depende de la realidad de las aportaciones (dinerarias o no dinerarias) que realice el socio a la sociedad, impidiéndose así la existencia de sociedades con capitales ficticios, y;
- IV- **Estabilidad:** en cuanto el capital social no varía salvo que se modifiquen los estatutos sociales. Este punto trae a colación la diferencia que existe entre el capital social y el capital propio de la sociedad, que es un concepto mucho más amplio que abarca tanto el capital social, las reservas, dividendos no distribuidos y cualquier otra aportación patrimonial similar.

De mayor importancia que la definición del instituto y sus características, quizá lo más

13 Entre otros Rodrigo Uría, Vicent Chuliá y Fernando Sánchez Calero.

relevante es determinar cuál es su utilidad. Sobre este punto, VICENT CHULIA¹⁴ indica que el capital social cumple tres funciones, que son las que deberían justificar su existencia, a saber:

- I- **Empresarial:** Función que para el tratadista es de especial importancia, esto por cuanto el capital social constituye el aporte de los socios para el desarrollo inicial de la actividad empresarial que desean realizar. En ese sentido, el capital social es la semilla que plantan los socios para la consecución de los fines sociales que han pactado. Esta aportación no es gratuita, sino que la sociedad queda obligada a su devolución a los socios bajo determinados supuestos, por lo que al mismo tiempo constituye la suma mínima que la sociedad deberá mantener en sus arcas.
- II- **Organizativa:** En cuanto constituye el mecanismo para organizar los derechos políticos y económicos de los socios. Constituye la base de cómputo de tales derechos, sea en cuanto a la constitución de quórum, ejercicio de derechos en defensa de minorías, porcentaje de participación en dividendos, poder de voto, etc. Tales derechos responden a la participación que cada socio tiene dentro de la sociedad, misma que se ve representada por medio de acciones proporcionales a la aportación de cada socio al capital social.
- III- **Garantía:** En cuanto constituye un monto de retención del patrimonio neto en garantía de los acreedores, toda

vez que este capital se emplearía como última garantía existente en la sociedad en caso de impago, en virtud de que la responsabilidad de los socios está limitada a sus aportaciones a dicho capital.

Teniendo clara una definición del capital social, sus principios rectores y funciones teóricas, procederemos ahora a analizar estas últimas, con el objetivo de determinar si realmente justifican su existencia, o si por el contrario, si se suprimiese el capital social o se modificase por otras figuras, estas funciones podrían alcanzarse mediante otros mecanismos.

Función empresarial del capital social

En el tanto el capital social sea concebido como una aportación de los socios dirigida a explotar una actividad empresarial, resulta sencillo concluir que éste cumple una función claramente empresarial, y que la sociedad mercantil simplemente actúa como vehículo para articular una actividad empresarial con una clara finalidad de lucro. Y es que tradicionalmente se ha conceptualizado el lucro como el fin último de la sociedad, al punto que en el derecho español se le ha conferido el rango de principio configurador en los términos del artículo 28 de la LSC, es decir, se le considera un límite a la autonomía de la voluntad.

Quizá esta identificación absoluta entre empresa y lucro pudo ser evidente en un contexto de capitalismo industrial tradicional, sin embargo, en tanto el sistema capitalista

tiende a moderarse y a incluir cada vez con más frecuencia un componente social y ambiental, comienza a ser cuestionada la ecuación *empresa = ánimo de lucro*.

Esta tendencia se evidencia en la inclusión cada vez más frecuente de componentes sociales en las actividades económicas de las empresas, práctica que ha derivado incluso en la existencia de emprendimientos sociales que se estructuran mediante sociedades de capital y echan mano de métodos empresariales, dando paso a la creación *empresas sociales* cuyo objetivo es estrictamente social¹⁵. Estas empresas sociales generan beneficios para los denominados *stakeholders* entendidos como aquellas personas interesadas, influidas o concernidas por las actividades de la empresa, sea sus propios empleados, clientes, proveedores, etc., que incluso llegan a tener representación en los órganos de dirección de tales empresas.¹⁶

La conformación de sociedades de capital sin ánimo de lucro y con un objetivo meramente social viene a difuminar la distinción tradicional que ubicaba a las actividades sociales en el denominado *tercer sector*, abriendo la posibilidad de que estos emprendimientos sociales actúen en el mercado utilizando mecanismos y prácticas societarias.¹⁷ Esta tendencia está ligada a la del *fair trade*, en donde el mercado cada día

presta más atención a aquellos productos o servicios que son elaborados o prestados en condiciones socialmente responsables. En una concepción tradicional, estrictamente lucrativa, el comportamiento esperable de los sujetos en un mercado sería hacerse con las mercaderías o servicios dependiendo principalmente de su precio, calidad o cantidad, sin embargo a esos factores se les suma cada día con mayor frecuencia aspectos sociales o medioambientales que evidencian que el ánimo de lucro dejó de ser el único elemento relevante para el mercado.

Siendo así, cabe preguntarse ¿Es el ánimo de lucro el verdadero *leitmotiv* de las sociedades mercantiles? Quizá en la mayoría de los casos lo sea, pero no en todos, y siendo así, no puede concluirse que una sociedad mercantil sin ánimo de lucro pierda por esa sola circunstancia su condición jurídica, lo que sería el resultado ineludible si consideramos a el afán de lucro como un principio configurador del Derecho societario.

Consideramos que la finalidad última del Derecho societario es el ejercicio del derecho fundamental de libertad de empresa, entendida ésta como el acceso al mercado, la permanencia en este mediante determinadas estrategias comerciales y la eventual salida del mismo. Al fin de cuentas, las sociedades de capital no son otra cosa más que un

14 VICENT CHULIA, Óp. Cit. Págs. 357-358.

15 HUYBRECHTS, Benjamin; DEFOURNY, Jacques: *Exploring the diversity of fair trade social enterprises*. European Research Network, 2010. Disponible en: <http://www.emes.net/> Los autores amplían el concepto indicando: *First, SE's (social enterprises) are characterized by the fact that they operate as enterprises on the market, albeit with social purposes (...) this necessarily involves at least a continuous activity of production of goods and/or selling of services.*

16 HUYBRECHTS, Óp. Cit. indican que: *Involving external stakeholders allows to gain their expertise and to integrate their preoccupations in the decision-making process.*

17 Sobre este punto, se indicaba que: *"De ahí que no puedan considerarse verdaderas sociedades mercantiles aquellas uniones de personas que no persigan un fin económico lucrativo o que, aún procurando la obtención de ganancias, no se propongan la distribución de éstas entre los coasociados. Todos los socios, sin excepción, deben ser llamados a participar en las ganancias."* URÍA, Rodrigo. "Derecho mercantil" Vigésimo octava edición. Marcial Pons, 2002. Pág. 167.

vehículo para participar articuladamente en el mercado, participación que se puede ejercer con independencia de los motivos internos que muevan a los actores que en él interactúan, toda vez que el fin de lucro es una convicción del fuero interno del sujeto, que no puede concebirse como requisito de entrada al mercado.

Volviendo a la función económica del capital social, esta concepción parte del supuesto de que dicha función sólo puede ejercerse mediante la existencia previa de un capital destinado por los socios a la producción. Este requisito existe formalmente en aquellos ordenamientos en donde por disposición normativa existe un capital social mínimo, y aún más gravoso en el Derecho español por cuanto el artículo 58 de la LSC limita las aportaciones sociales de los socios a bienes o derechos susceptibles de valoración económica, excluyendo expresamente como objeto de aportación el trabajo o los servicios, que aunque pueden ser incluidos como prestaciones accesorias de los socios, no llegan a integrar su capital social. En contraposición, el artículo 29 del CCOM. estipula que dichas aportaciones podrán darse en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos - valores, créditos, trabajo personal o conocimientos.

Es claro que esta disposición del legislador español, junto con la de un requisito de capital social mínimo, constituyen limitaciones para la constitución de sociedades mercantiles, y por ende limitaciones para la utilización de las sociedades mercantiles como vehículos para el ejercicio del derecho de empresa.

Incluso, en España, al existir diversas cuantías de capital mínimo entre los distintos tipos sociales (anónimas o limitadas), el legislador busca influir en la escogencia de los socios sobre el tipo social que utilizarán para desarrollar su emprendimiento, encausando aquellos de poca cuantía hacia las sociedades de responsabilidad limitada y los de mayor envergadura hacia la sociedad anónima.¹⁸

Y es que, aun cuando admitiésemos que el capital social cumple una función empresarial, cabría cuestionarse si dicho capital social es indispensable para que una sociedad mercantil cumpla tal función. Es decir, ¿Podría una sociedad sin capital cumplir de igual forma una función empresarial, o la existencia de dicho capital es indispensable para tal función? En realidad no existe ningún impedimento material para que una empresa con capital social cero pueda ejercer una función económica, y de hecho, muchos emprendimientos inician simplemente con una idea, por ejemplo en áreas cada día más significativas como los servicios y la tecnología es perfectamente factible que una empresa inicie únicamente con los conocimientos de sus socios.

Por último, la mera existencia de un capital social mínimo fijado artificialmente por el legislador, no garantiza que tal capital permita el desarrollo de la actividad empresarial que pretenda llevar a cabo la sociedad, toda vez que – por suerte – no es necesario¹⁹ adecuar la cifra de capital social al nivel de riesgo económico de tal actividad empresarial. Incluso, en España, los tres mil euros del capital social mínimo requerido por

18 MENÉNDEZ, Óp. Cit. Pág. 412.

19 Salvo en los casos de entidades de crédito, en donde se exige una relación entre recursos propios y ajenos, o de entidades de seguros, en donde se exige un determinado margen de solvencia.

la LSC para la sociedad de responsabilidad limitada terminan empleándose no para la puesta en marcha del emprendimiento sino para el pago de los costes de constitución y registro de la naciente persona jurídica, por lo que quizá, dependiendo de tales costes la sociedad incluso inicie con un capital social deficitario, es decir infracapitalizada.²⁰

Así las cosas, sobre este punto es válido concluir que el capital social no cumple necesariamente una función empresarial, y que dicha función es cumplida *per se* por la sociedad mercantil, independientemente de su capital social. Cabe reflexionar, de igual modo, sobre el número de emprendimientos potenciales que no habrán llegado a concretarse precisamente por la falta de un capital social mínimo en aquellos ordenamientos que así lo requieren, requisito que en cualquier caso se sustenta en argumentos legislativos artificiales, pero no en las reglas del mercado.

La función organizativa del capital social.

Como se indicó antes, tradicionalmente se ha empleado el capital social como una base de cómputo para la participación de cada acción (y por ende de cada socio) en los derechos económicos y políticos de la sociedad.

Este sistema se fundamenta en la consideración de la acción como cuota alícuota

del capital social²¹. Es decir, existe una relación directa entre la acción y el capital social, y una relación indirecta con el capital propio.²² Por ende, la acción siempre se emitirá por un valor nominal proporcional con el capital social, pero tendrá un valor real relacionado más bien con el patrimonio neto de la sociedad. En palabras de URÍA: *Aunque al correr del tiempo haya cambiado la primitiva fisionomía de la sociedad, la acción continúa: a) representando invariablemente una parte del capital, b) confirmando a su titular la condición de socio, y c) sirviendo de módulo de los derechos correspondientes al accionista.*²³

Al hablar de derechos económicos, nos referimos básicamente al denominado derecho al dividendo, sea participar en el reparto de las ganancias del ejercicio, en la repartición del patrimonio que resulte luego de la liquidación, y de suscribir preferentemente nuevas acciones o participaciones. En cuanto a los derechos políticos, estos incluirían la asistencia y votación en juntas generales, la impugnación de acuerdos sociales y el derecho de información.

Los derechos económicos y políticos del socio, en tanto se ejercen por medio de acciones o cuotas (éstas últimas denominadas participaciones en el derecho español) son proporcionales a la aportación al capital social que el socio realizó a la sociedad. Es precisamente este principio de proporcionalidad de los derechos con la

20 ...ya sea por carecer de fondos suficientes para el desarrollo de su objeto social (*infracapitalización material*) ya sea por disponer de medios financieros aportados por los socios pero a título de crédito y no de capital propio (*infracapitalización nominal*). MENÉNDEZ, Óp. Cit. Pág. 413.

21 *Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social.* Artículo 90 Ley Sociedades de Capital.

22 VICENT CHULIÁ. Óp. Cit. Pág. 359.

23 URÍA, Óp. Cit. Pág. 237.

aportación, el que hace pender el ejercicio de tales derechos al capital social. Como se verá, el ejercicio de tales derechos en realidad no tiene por qué depender de tal proporcionalidad.

Si bien en las jurisdicciones de tradición romanista este principio de proporcionalidad es ampliamente aceptado, en otras es desconocido o ha sido sustituido desde hace varias décadas. Quizá el ejemplo más claro es el de los Estados Unidos. En los años cuarenta, la *American Bar Association* se sumó a los esfuerzos de unificación legislativa entre los diversos estados, y promulgó la denominada *Model Business Corporation Act*, que fue publicada en su primera versión en 1950. Este instrumento es un modelo de estatuto societario que puede ser adoptado por los estados. Al día de hoy, ha sido implementado por 24 estados, su versión más reciente es del año 1984²⁴, y producto de sus revisiones se conoce en la actualidad como *Revised Model Business Corporation Act* (RMBCA). Es en esta última versión que el concepto de capital social fue eliminado por considerarse complejo y confuso, y ante todo por considerarse que no cumplía con su propósito original de proteger a los acreedores de la sociedad,

siendo que más bien resultaba engañoso ya que podía hacer creer a tales acreedores que estaban protegidos por esta figura, cuando no necesariamente lo estaban²⁵²⁶.

De acuerdo al RMBCA, la emisión de acciones es determinada por el consejo de administración de la sociedad o por los accionistas en los estatutos. No hay ningún tipo de restricción de los bienes que pueden aportarse a cambio de las acciones expedidas, pudiendo consistir tal aporte en bienes tangibles o intangibles, sea dinero, letras de cambio, contratos, o cualquier otro bien de interés para la sociedad²⁷. La RMBCA indica que los estatutos de la sociedad serán los que prevean las clases de acciones y el número que la sociedad pueda emitir, dejando a la libre voluntad de las partes el diseño accionario, con la única restricción de que de todas las clases de acciones autorizadas siempre deberán haber acciones suscritas que cuenten con derecho ilimitado de voto, y otras que estén autorizadas para recibir aquellos bienes que resulten de la liquidación de la sociedad. En cualquier caso, el consejo de administración o la junta general podrán determinar con amplias facultades el tipo de contraprestación que la sociedad reciba a cambio de las acciones. Como resultado

24 KPMG (Autor corporativo). *Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime*. Pág. 155. Disponible en: <http://ec.europa.eu/>

25 Ídem.

26 Cabe hacer la salvedad de que Delaware es uno de los Estados que no se rigen por la RMBCA, y mantiene un sistema de capital social *tradicional*, aunque sin fijar un monto mínimo. Es curiosamente Delaware el líder indiscutible en inscripción de sociedades cotizadas, con más de un 50% de las existentes en los Estados Unidos inscritas en dicho Estado, así como 63% de las sociedades incluidas en el prestigioso ranking *Fortune 500*. Cf. <http://corp.delaware.gov/>. En todo caso, pese a que Delaware conserva una visión tradicional del capital social, lo cierto es que dicha figura no es importante en la práctica ya que al no existir un monto de capital mínimo, las sociedades se constituyen usualmente con un capital social de un dólar o incluso montos inferiores. California es otro Estado que no se rige por la RMBCA pero en donde tampoco existe un modelo tradicional de capital social.

27 *For purposes of buying shares, John Rockefeller's promissory note and Barbara Streisand's contract for a future concert performance are now recognized as the valuable economic assets that everyone but lawyers always knew they were*. MANNING/HANKS, *Legal Capital*, 3rd Edition, 1990. Pág. 180.

lógico de estas disposiciones, las acciones emitidas no contienen un valor facial, pero expresamente se indica que aquellas sociedades que así lo deseen podrán emitir acciones con valor facial²⁸. En la práctica, las *non par value shares* por motivos fiscales se emiten con un valor que es fijado por los administradores tomando en consideración el patrimonio social de la empresa al momento de emisión de las acciones, es decir su valor de mercado²⁹.

A parte de los Estados regidos por la MCBA, en otras latitudes también se ha suprimido el concepto tradicional de capital social, como por ejemplo en Canadá³⁰, Australia³¹ o Nueva Zelanda³². En todos estos países no sólo no se requiere un capital social mínimo, sino que del todo no se requiere capital social.³³

Con este breve análisis de derecho comparado – que no pretende para nada ser exhaustivo- lo que se quiere demostrar es que el ejercicio de los derechos económicos y políticos del socio no necesariamente debe estar vinculado al capital social, y que por ende la función organizativa del capital social es totalmente sustituible por un modelo en donde las acciones no estén vinculadas a un monto ficticio de valor nominal o facial, monto

que en todo caso suele no corresponderse en lo absoluto con el valor real de los títulos.

Nuestras legislaciones deben dar pie a modelos flexibles en donde sean los mismos socios quienes determinen las condiciones en que se expiden las acciones y los porcentajes de participación que cada uno tendrá de la sociedad, y el catálogo de derechos a los que cada acción dará lugar. Al final de cuentas, de lo que estamos hablando es de la distribución del poder a lo interno de la sociedad, sea poder económico o político, y esta distribución de cuotas de poder debería ser diseñada por los socios sin necesidades de relacionarse con una cifra estática de capital social.

El capital social como garantía de acreedores.

El profesor VICENT CHULIÁ³⁴ indica que esta función de garantía de acreedores que teóricamente cumple el capital social es –a su parecer– la de menor importancia. Esta conclusión del tratadista evidencia la patología que sufre actualmente esta figura, toda vez que la función que motivó su surgimiento, en su concepción actual, es

28 Artículo §2.02(b)(2)(iv)

29 ALONSO LEDESMA, Carmen: *Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores* En: Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Tomo I. Marcial Pons, 2007. Pág. 156.

30 El apartado V artículo 24 (1) de la *Canada Business Corporations Act* establece: *Shares of a corporation shall be in registered form and shall be without nominal or par value.*

31 *The Explanatory Memorandum to the Company Law Review Bill 1997 notes the par value was simply an arbitrary monetary denomination which was attributed to shares and gave no indication of the value of a share at any particular time*. KPMG, Óp. Cit. Pág. 217.

32 El artículo 38 de la *Companies Act 1993* indica: *No nominal value. A share must not have a nominal or par value.*

33 Llama la atención el caso de la República Popular de China, cuyas normas en materia mercantil han sido una interesante fusión de conceptos entre los países anglosajones y de tradición romano-germana. La Ley de Sociedades adoptada en el año 2005 optó por una concepción tradicional de capital social para la sociedad de responsabilidad limitada, y además su artículo 26 prevé que éste ha de ser como mínimo la suma de ¥30.000.

34 VICENT CHULIÁ, Óp. Cit. Pág. 357.

considerada como la de menor importancia en contraposición con las otras dos funciones que ya han sido analizadas, y que como se pudo ver, tampoco son irremplazables.

Se endilga al capital social una función de garantía de acreedores "...al constituir el capital social (junto con las reservas indisponibles) el montante total de su garantía como contrapartida a la limitación de responsabilidad que corta toda referencia con el patrimonio particular de los socios."³⁵

Es aquél monto que, fijado en los estatutos, sirve como respaldo a la cifra anotada en el balance como pasivo derivado de la deuda de la sociedad para con los socios producto de su aporte, tanto en el acto de constitución como durante todo el plazo social de la sociedad.

La publicidad del capital social es fundamental para el cumplimiento de su función de garantía, esto por cuanto lo que se pretende es que cualquier interesado, mediante la consulta en los registros públicos, tenga la posibilidad de conocer su estructura y monto exacto. El resultado de tal consulta debería –teóricamente – coincidir con la situación patrimonial real de la sociedad. Sobre este principio, se construyen otros mecanismos que protegen al capital social, como la verificación del desembolso material de las aportaciones de los socios, la valoración de las aportaciones no dinerarias, la adquisición de acciones por la propia sociedad o prestar asistencia financiera a terceros para su adquisición.

No podemos más que suscribir entonces lo dicho por ALONSO LEDESMA: "Se trata,

esencialmente, de un sistema de protección preventiva de los acreedores sociales o «ex ante», frente a otros sistemas jurídicos, como el norteamericano, en el que la tutela de los acreedores se realiza «ex post» a través, principalmente, de la exigencia de responsabilidad a los administradores en caso de insolvencia de la sociedad."³⁶

Este modelo de garantía podría tener sentido en legislaciones como la española en donde no sólo existe un monto mínimo de capital social, sino que también está prohibido disminuirlo por debajo del límite legal, e incluso tal circunstancia es causal de disolución según lo prevé el artículo 363 inciso f) LSC. En contraposición, en ordenamientos en donde ambos requisitos son inexistentes, como en Costa Rica, el capital social no cumple esta función, ya que, siendo que el capital social se fija usualmente en diez mil colones o similar ¿Qué garantía estamos otorgando?

Pero la solución a este problema no es fijar mínimos, ya que aunque se trate de una sociedad constituida con el capital social mínimo, por ejemplo una sociedad anónima española, el acreedor podrá saber al consultar el registro que el capital social es de sesenta mil euros, y dependiendo del importe de su crédito podrá comprobar si ese capital cubriría eventualmente su crédito, sin embargo no podrá conocer cuántos acreedores más se disputarán simultáneamente tal capital en una eventual liquidación de la sociedad.

Probablemente hace un siglo este sistema pudo ser de utilidad, pero en un contexto

³⁵ ALONSO LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 130.

³⁶ Ídem, Pág. 132.

económico evolucionado encontramos al menos los siguientes inconvenientes:

- I- El capital social no refleja la realidad económica de la empresa, es decir, la duplicidad entre el capital social y el patrimonio neto es un hándicap del sistema.
- II- El capital social no es más que una instantánea de la situación económica de la sociedad en un momento determinado, que suele ser el de su constitución.³⁷
- III- Desde el momento en que el capital social no se ajusta a las variaciones patrimoniales económicas de la empresa –lo cual sería a todas luces contrario al objetivo de simplificación y reducción de costes en el Derecho societario que desde acá defendemos-, el capital social no arroja información suficiente para que un acreedor pueda dar por protegida su acreencia, por lo que el sistema por sí sólo no cumple tal función.
- IV- El acreedor es incapaz de conocer – salvo por otros medios- el número de acreedores que están siendo "garantizados" con el capital social de la sociedad, por lo que en la práctica podrá ocurrir que en caso de quiebra o liquidación, el capital social no alcance para cubrir los montos adeudados.
- V- La existencia material del capital social en caso de quiebra o liquidación no está garantizada de ninguna forma y dependerá de los administradores. Es decir, llegado el caso de tener que echar mano de esta cifra para pagar

deudas, puede ser que el capital social ya no exista. Desde luego que esto puede acarrear responsabilidad de los administradores, sin embargo caeríamos en un sistema de control *ex post*, cuando se supone que estamos en presencia de un sistema de control *ex ante*.

VI- Relacionado con lo anterior, al no exigir ningún límite al endeudamiento de la sociedad, el capital social no garantiza de forma alguna la solvencia de la sociedad.

Estos son algunos de los motivos por los que desde hace varias décadas los acreedores han debido buscar mecanismos de garantía fuera del Derecho societario, que es precisamente a lo que apuntan las discusiones y reformas que se plantean sobre el tema. Estas formas alternativas han sido la regla en los países en donde el capital social no cumple ninguna función, y desde luego en aquellos en los que se ha suprimido.

Uno de estos sistemas alternativos que puede emplearse en aras de garantizar a los acreedores es el seguido por la RMBCA, en donde las distribuciones de dividendos no están condicionadas a la existencia de superávit ganado (*earned surplus*), es decir beneficios o reservas disponibles, sino que también pueden realizarse con cargo a cualquier categoría de excedente que exista en la sociedad, esto a discreción del órgano de administración y siempre y cuando se cuente con el resultado positivo de un test de solvencia que se compone de dos estudios: *balance sheet test* (activos netos de la sociedad) y *equity solvency test* (liquidez).

³⁷ ALONSO LEDESMA califica atinadamente la cifra de capital social como un *hecho histórico*. Óp. Cit. Pág. 136.

El test de solvencia lo que procura asegurar es que no se realice ninguna distribución si: “a) la corporación no pudiera pagar sus deudas como debería hacerlo en el normal curso de los negocios (*equity insolvency test*) y b) la totalidad de los activos de la corporación fueran inferiores a la suma de sus obligaciones, más (a menos que los estatutos dispongan otra cosa) la cantidad que fuera necesaria, si la corporación se disolviera al tiempo de la distribución, para satisfacer los superiores derechos preferenciales que tienen los accionistas en la disolución (*balance sheet test*)”³⁸.

Con este sistema, el órgano de administración justifica cualquier repartición de dividendos a los accionistas, tomando en consideración la solvencia real de la sociedad a ese momento, y se liberan de responsabilidad por tales decisiones con fundamento en tales dictámenes contables.

En contratos de envergadura, la práctica anglosajona ha utilizado, desde inicios del Siglo XX, modelos contractuales más sofisticados que permiten mayor control por parte del acreedor. Nos referimos a los *convenants*, que *grosso modo* podrían conceptualizarse como cláusulas insertas en contratos de financiación o préstamo que imponen condiciones financieras a la sociedad deudora limitando o hasta impidiendo determinadas operaciones que podrían comprometer la solvencia de la sociedad, como por ejemplo el reparto de dividendos, la obligación de mantener determinado capital, imposibilidad de realizar operaciones de determinada envergadura sin contar con el consentimiento del acreedor,

mantener determinados niveles de liquidez, impedir la venta de determinados activos, etc. Estas obligaciones se ven fiscalizadas por el acreedor mediante un examen continuo de la información financiera de la sociedad deudora, que en caso de incumplimiento podría sufrir sanciones tales como no beneficiarse de un tipo de interés reducido, exigibilidad anticipada de la obligación, exigencia de mayores garantías, etc. Es decir, se trata de un sistema de garantía diseñado *tailor made* según las necesidades de las partes y la situación económica de la sociedad deudora.

Desde luego que la figura de los *convenants* es aplicable a operaciones de cierta envergadura y sofisticación, por lo que no constituyen una solución a otro tipo de operaciones más modestas, y en especial a aquellos acreedores extracontractuales *especiales*, como por ejemplo los trabajadores, o en determinados casos de responsabilidad medioambiental, acreencias para las cuales el sistema actual de capital social no es tampoco suficiente garantía por las mismas razones que no lo es para un acreedor ordinario. A parte del reconocimiento expreso de tales créditos especiales como privilegiados en caso de concurso, deben implementarse medidas de garantía que permitan la indemnización efectiva en casos de intereses especialmente protegidos. La solución más clara sería la adopción de medidas desde el ámbito del Derecho de los seguros, sin embargo es claro el costo económico que tales medidas suelen implicar. Otra opción sería que exclusivamente en el caso de este tipo de acreencias especiales, se abra la posibilidad

38 ALONSO LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 138.

de que los socios respondan solidariamente y en su condición personal.³⁹ En este punto, el debate sigue abierto.

Si se quiere ver así, estamos apostando por un sistema que pasaría de una discutible regulación *ex ante* mediante la fijación de un monto de capital social fijo, a uno de regulación *ex post*, que necesariamente llevaría aparejados ajustes en el Derecho concursal que sancionen los manejos negligentes o fraudulentos en detrimento de los acreedores.

No puede concluirse este acápite sin hacer una breve referencia precisamente al Derecho concursal (otro gran olvidado por el legislador costarricense), que es el foro en el que se discute la protección de los acreedores en sistemas como el norteamericano. En los sistemas de tradición romano-germana, tal protección se articula en dos ámbitos, en el Derecho societario (precisamente mediante la obligación de mantener un capital social) y en el Derecho concursal. Esta dualidad de sistemas en nuestro sistema, que teóricamente debería proteger más a los acreedores, a quien termina pasando factura es al empresario, que es a quién protege mayoritariamente el sistema norteamericano, sin descuidar tampoco al acreedor, a quien se tutela precisamente por medio del Derecho concursal.

Uno de los institutos sobresalientes en el derecho concursal norteamericano es el

*Fraudulent transfer*⁴⁰, que guarda cierta similitud con nuestra acción pauliana⁴¹, que sanciona con nulidad aquellas transferencias de la sociedad hacia sus socios o empresas relacionadas que se hayan realizado para defraudar a los acreedores. Se entiende que una transferencia de bienes se realizó con esta intención cuando la sociedad no haya recibido una contraprestación equivalente a cambio de tal transferencia. Expresamente, se indica que es fraudulenta cualquier transacción no razonable luego de la cual el patrimonio de la sociedad quede reducido a un “irrazonablemente pequeño capital”⁴², lo que implica un examen de los jueces que conduce necesariamente a una revisión de la solvencia de la sociedad en un momento específico.

Para concluir este acápite, consideramos que, como en prácticamente cualquier área del Derecho, no existen modelos perfectos, y quizá la solución no sea la supresión absoluta del concepto de capital social, pero lo que criticamos es la existencia de la figura con una pretendida finalidad que en definitiva no cumple, en especial en un sistema como el nuestro en donde no existe un monto de capital social mínimo, lo cual justifica en menor medida su existencia. De lo que acá se trata es de diseñar un sistema que, incluyendo el capital social o no, permita encontrar equilibrio entre dos intereses jurídicos contrapuestos, por un lado el eficiente funcionamiento de la sociedad, y por el otro, la garantía de acreedores.

39 ALLEN y KRAAKMAN. *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*. New York, Aspen, 2003. Pág. 166.

40 Regulado en el Chapter 11 del US Code.

41 ALONSO LEDESMA. Óp. Cit. Pág. 144.

42 *Ibidem*.

Conclusiones

Propusimos líneas atrás que la finalidad última de las sociedades mercantiles era el ejercicio del derecho fundamental de libertad de empresa, que no debe considerarse un derecho irrestricto, ya que está sujeto a matizaciones que deben provenir de la ley.

En este sentido, el requisito de existencia del capital social, y aún más en el caso de que exista un monto mínimo fijado por ley, constituye uno de estos matices al menos en cuanto dicha libertad de empresa desee estructurar-se por medio de una sociedad de capital.

Cualquier limitación a un derecho fundamental debe estar debidamente justificada en motivos de idoneidad y proporcionalidad. Como hemos analizado antes, el capital social ha cumplido una función principalmente de garantía de acreedores. Esta finalidad de garantía al acreedor que pueda verse afectado por las actuaciones de la sociedad puede considerarse un motivo legítimo de intervención estatal para tutelar a este colectivo, sin embargo nuestra posición a estas alturas es más que crítica sobre la idoneidad del capital social (al menos en su estructuración actual) para adecuarse a la finalidad perseguida por la legislación. Más aún cuando este sistema en teoría tuitivo se yergue como una barrera de entrada a la constitución de sociedades mercantiles destinadas a participar en el mercado. Consideramos que este sistema no cumple su finalidad y por ende carece de justificación, principalmente por los siguientes puntos:

I- No garantiza la solvencia patrimonial de las sociedades. Al no existir ningún límite para el endeudamiento, la solvencia que puede reflejar el capital social puede

ser solo aparente, y lejos de proteger a los acreedores puede terminar confundiéndolos.

- II- Se trata de un modelo que implica elevados costes para la sociedad, no sólo en dinero, sino también en tiempo. Estos costes no se justifican con los beneficios que se supone debería deparar el sistema, o al menos podrían conseguirse mejores resultados utilizando medidas menos complejas. Cuando hablamos de costes nos referimos no solo a las aportaciones iniciales que deben hacer los socios, sino de lo engorroso del trámite de valoración de aportaciones no dinerarias, trámites de oposición de acreedores en caso de reducción del capital si tal reducción implica devolución de aportaciones, restricciones para la adquisición de acciones por parte de la misma sociedad, trámites para el aumento de capital, etc.
- III- Aparte de implicar elevados costes, estas restricciones no facilitan la financiación y el desarrollo de la sociedad de capital en una economía de mercado. Las limitaciones contables a la distribución de dividendos y los límites para la auto cartera, son un verdadero desincentivo a la inversión de nuevos socios.
- IV- En el supuesto de los ordenamientos en donde se fija un monto de capital social mínimo, dicho monto no establece ninguna diferenciación entre las diversas actividades productivas, ni garantiza la adecuación de dicho capital a tales actividades. La cifra artificial de capital social mínimo es la misma para cualquier sociedad de su mismo tipo, con independencia de su objeto

social, motivo por el que no garantiza de forma alguna la inexistencia de una infracapitalización originaria.

- V- Consideramos que estas críticas justifican el que afirmemos que el capital social está – como mínimo- en crisis, afirmación que se evidencia cuando en la práctica profesional notamos que el distanciamiento entre las normas y la realidad es considerable.

No pretendemos desconocer el hecho de que la limitación de la responsabilidad del socio que lleva aparejada la sociedad de capital implica, si se quiere, la transmisión del riesgo empresarial a los acreedores, ya que la insolvencia de la sociedad podrá dejar insatisfechos sus créditos sin posibilidad de reclamarlos directamente a los socios. Lo cierto también es que no todos los acreedores están en igualdad de condiciones, siendo que aquellos que se encuentran en una posición más fuerte estarán en posibilidad de exigir garantías adicionales a la sociedad, que usualmente implican avales solidarios de los socios o figuras más sofisticadas como los *convenants* que se expusieron anteriormente. Entonces, esta transmisión del riesgo la soportan con mayor peso los acreedores débiles, los trabajadores, proveedores, auxiliares, etc, que no están en posición de exigir garantías complementarias.

No proponemos el réquiem del capital social como institución, pero sí su replanteamiento, que parte de la cuestión misma de si es necesaria la intervención estatal sobre este punto, a favor de quién, y por qué mecanismos. Sobre esto último, debemos incluso cuestionarnos desde qué área del Derecho deberíamos afrontar esta discusión, si un tema que deberíamos seguir enfocando

desde el Derecho societario o si más bien debería encontrar solución en el Derecho concursal, o si deberíamos utilizar un sistema mixto.

Lo cierto es que si bien consideramos que el sistema europeo de capital social mínimo es insuficiente, al menos es mejor que el existente en Costa Rica, en donde no encontramos soluciones ni garantías ni desde el derecho societario ni desde el concursal, y lo que rige en la práctica es la ley del más fuerte, que tiende tarde o temprano a sacar del mercado al acreedor poco tecnificado o excesivamente crédulo, que no implementó garantías de otra naturaleza para garantizar sus créditos.

Titulamos este ensayo con una pregunta sobre el capital social ¿Quo vadis?, y lo terminamos sin una respuesta clara y con aún más interrogantes de cómo lo iniciamos, sin embargo, vaya donde vaya el capital social como concepto jurídico, lo importante es que producto de su discusión y análisis, vaya para alguna parte.

Bibliografía

ALONSO LEDESMA, Carmen: *Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores*. En: Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Tomo I. Marcial Pons, 2007. Págs. 127-158.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, 18va Edición, Argentina, 2006.

GARCÍA MANDALONIZ, Marta: *El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social*. En: HIERRO

ANIBARRO, Santiago (Coord): *Simplificar el derecho de sociedades*. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Séptima Edición, Madrid 1976.

GALGANO, Francesco: *Las Instituciones de la Economía Capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*. 1ª Edición. Ariel Derecho, 1990.

HUYBRECHTS, Benjamin y DEFOURNY, Jacques. *Exploring the diversity of fair trade social enterprises" European Research Network* [En línea] Disponible en: <http://www.emes.net/>

KPMG (Autor corporativo). *Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime*. [En línea] Disponible en: <http://ec.europa.eu/>

MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel (Directores): *Lecciones de Derecho Mercantil*. Novena edición. Arazandi, 2011.

SANCHEZ CALERO, Fernando: *Principios de Derecho Mercantil*. 16ª edición. Arazandi, 2011.

URÍA, Rodrigo: *Derecho mercantil* Vigésimo octava edición. Marcial Pons, 2002.

VICENT CHULIA, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*. 21ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

UNA PROPUESTA PARA EL CONTROL ADMINISTRATIVO DENTRO DE LAS CASAS DE HABITACIÓN CON OCASIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO (ADOLESCENTE).

Son niños, niñas y adolescentes que, en lugar de estudiar o jugar como otros de su edad, trabajan en forma abierta o encubierta, en los llamados oficios domésticos (entrevista a la Licda Paula Antezana Rimaza, Revista sobre trabajo infantil y adolescente doméstico: una ventana al marco Jurídico, p. 4).

M.Sc. Eric Briones Briones.*

SUMARIO

Introducción

1. **Nacimiento Estatal**
2. **Legislación Social**
3. **Lo constitucional y penal**
 - 3.1. Lo constitucional
 - 3.2. Lo penal
4. **Legislación Uruguay**
5. **La propuesta.**
 - 5.1. Justificación de la propuesta.
 - 5.2 Generalidades
 - 5.3. Del desarrollo

Conclusiones

Bibliografía

UNA PROPUESTA PARA EL CONTROL ADMINISTRATIVO DENTRO DE LAS CASAS DE HABITACIÓN CON OCASIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO (ADOLESCENTE).

Son niños, niñas y adolescentes que, en lugar de estudiar o jugar como otros de su edad, trabajan en forma abierta o encubierta, en los llamados oficios domésticos (entrevista a la Licda. Paula Antezana Rimaza, Revista sobre trabajo infantil y adolescente doméstico: una ventana al marco Jurídico, p. 4).

*M.Sc. Eric Briones Briones.**

Introducción

Como prolegómeno se hace la aclaración a los lectores que con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a para marcar la existencia de los géneros, se opta por emplear el masculino genérico clásico; en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres. Lo cual no significa, que el autor no sea consciente de la igualdad de género.

Empieza una historia real: *“Cuando Flor apenas tenía 13 años de edad sus padres la enviaron con una familia de la capital para que se encargara de las labores domésticas y del cuidado de una adulta mayor que no podía valerse por sí misma. Ella era de un pueblo pequeño localizado al sur del país, en una zona rural de influencia campesina e indígena,*

donde residía con su madre, dedicada a las labores de la casa; su padre, un agricultor ya entrado en años y con discapacidades físicas que le impiden ganar el ingreso suficiente para cubrir las necesidades de toda su descendencia, y con sus cuatro hermanos y hermanas menores. De la tranquilidad de su casa, de la relación con sus hermanos, entre campos y sembradíos, pasó a colocarse entre cuatro paredes, en el hogar de una persona ajena, dentro del mundo de concreto de San José. Hasta los 13 años esta niña sólo conocía la pobreza rural de su comunidad, en condiciones similares con otros familiares, amigos y conocidos.

Por las precarias condiciones de su hogar, Flor no pudo terminar la escuela, aún cuando en ella imperara un deseo de continuar estudiando. De sus seis hermanos mayores que salieron hacia

* Doctorando en Derecho.
Profesor de Licenciatura y Maestría en Derecho Laboral.

San José a ganarse el sustento, cinco no regresaron. Otra hermana trabajaba en oficios domésticos en la capital. A ella se unió Flor, para ayudar a la endeble economía familiar y sumar, en una misma familia, dos niñas trabajadoras domésticas. Flor limpiaba la casa de su patrona, hacía mandados, pagaba recibos, vigilaba la vivienda y sus bienes, lavaba y planchaba ropa, cocinaba y atendía todas las necesidades de la anciana. Su jornada iniciaba a las seis de la mañana y terminaba a las seis de la tarde, en el mejor de los casos, pero por dormir en la casa de su empleadora, las horas de trabajo se convertían en infinitas. Los sábados salía a las cuatro de la tarde, pero a esa hora ya no había servicio de autobús hasta la casa de sus padres y, de todas formas, el lunes tenía que regresar muy temprano, así que se acostumbró a quedarse con sus empleadores incluso los fines de semana, sin que estos le reconocieran horas extras o días feriados, a pesar de que la niña también asumía sus tareas esos días. Tampoco estaba asegurada, ni contaba con póliza de riesgos. Su salario en 2001, cuando ya contaba con 15 años, era de treinta y cinco mil colones. Ella enviaba la mitad de ese salario a su familia para

que se ayudaran. Por esa misma época, mientras realizaba un mandado, Flor es abordada por varios sujetos que la violan. Las lesiones físicas y psicológicas jamás desaparecerán. Guardó silencio en torno a lo ocurrido. La impunidad continúa hasta hoy” (Revista sobre trabajo infantil y adolescente doméstico: una ventana al marco Jurídico, p. 21-22)¹.

Y colorín colorado este cuento no se ha acabado, por cuanto historias como la descrita provocan repulsión y hasta vergüenza ajena; es por ello que el país con el fin de conjurar estas situaciones, mediante ley N° 5594 del año 1974, ratificó² el Convenio N° 138 referido a la edad mínima en el trabajo, el cual en general persigue que los Estados se comprometan a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los mismos.

Es por lo anterior - con el afán de cumplir con los objetivos- que a finales de los años 90, se vinieron a consolidar en el país dentro de su legislación ordinaria, modificaciones tendientes a la indemnidad de los menores,

1 Según estadísticas de la Encuesta Nacional de Hogares, el trabajo doméstico en casas de habitación de terceros es de 10.3% del total de la población entre 5 a 17 años que se encuentran laborando activamente (47.400) y un 5.6% en trabajo peligroso. Datos obtenidos mediante entrevista con la Licda Esmirna Sánchez, Directora de la Dirección de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo. Entre los meses de enero a Junio del año 2012, se contabilizaban 150 casos relacionados con servicio doméstico, según información brindada por el Departamento de Asesoría en investigación y calidad de gestión de la Inspección de Trabajo.

2 Se debe recordar que dentro del ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales en el momento en que se aprueben vienen a estar por encima de la ley ordinaria y por ende se constituyen en fuente del mismo ordenamiento social. Asimismo en referencia a la relación existente entre las normas internacionales y orden jurídico interno, existen a nivel doctrinario 2 posiciones. Una primera denominada **dualista** en donde los convenios ratificados para introducirse a nivel interno deben esperar a que se dicten otras normas en armonía a dichos convenios, como sucede en Australia, Canadá y el Reino Unido; y otra denominada **monista**, en donde no existe separación entre el orden jurídico internacional y el interno, de modo que los instrumentos internacionales se incorporan automáticamente, como sucede en Costa Rica (Von Potobsky y Bartolomei, p. 40).

por lo que se dieron mediante la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, el fortalecimiento de las instituciones destinadas a velar por los menores de edad, así como la creación del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia.

Asimismo con el transcurrir del tiempo se han venido dando una serie de normativas protectoras de los menores trabajadores, tales como: La ley N° 8842 (reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia); Ley N° 8922 (sobre la prohibición del trabajo de los adolescentes en lugares peligrosos e insalubres) y en julio del año 2011, la reglamentación a dicha ley que prohíbe el trabajo peligroso e insalubre para personas adolescentes (15 a 18 años)³. Viniéndose a establecer las labores prohibidas por razón de la **naturaleza** y de las **condiciones**. Entre las primeras se encuentran las realizadas en minas, en alta mar o debajo del agua, así como en las actividades de vigilancia, cuidado de casas o de personas menores de edad, adultas, enfermas, etc. Dentro de las prohibidas en razón de su **condición**, están: jornadas superiores a seis horas diarias, trabajo nocturno, las que provoquen desarraigo o las labores domésticas con dormida en el centro de trabajo, entre otras.

Entre dichos cambios interesa destacar la adición producida por la ley N° 8842 de un numeral 94 bis y la reforma del artículo 97 el Código de la Niñez y la Adolescencia,

las cuales en lo que interesan vinieron respectivamente a estipular que el trabajo doméstico⁴ del adolescente, **“Será aquel que realizan las personas mayores de quince años y menores de dieciocho años, en forma habitual o temporal ya sea en residencias particulares o en casas de habitación, en labores de aseo, cocina, que no impliquen lucro o negocio para la persona empleadora o el patrono”;** **“considerándose como centro de trabajo todo lugar de trabajo, inclusive la casa de habitación, cuando se empleen personas menores de edad en el trabajo doméstico”** (subrayado no es del original).

Esto a primera vista no parece algo extraordinario, pero si se relaciona con los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referidos a la Inspección del Trabajo, tanto en los sectores servicios, comercio y agricultura, adquiere dicha disposición gran relevancia, por cuanto los mismos estipulan que en todo lugar que se considere centro de trabajo, los inspectores de trabajo son competentes para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche; estando así por lógica una casa particular -en donde se desempeñe una actividad de servicio doméstico- sujeta a las disposiciones de control inspectivo. Es que por disposición legal, se viene a estipular de manera expresa -y por primera vez- que en las casas de habitación en que se desarrollen

3 Dentro de otras de las regulaciones que se pueden citar, están: Decreto N° 29.220 sobre la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes; Decreto N° 31.461 **que crea el Comité Directivo Nacional de Lucha Contra el Trabajo Infantil** y el Decreto N° 34.423, atinente a la coordinación Intrainstitucional para la atención de las personas trabajadoras menores de edad.

4 Trabajo Doméstico de conformidad con el artículo 101 del Código de Trabajo, es entendido como aquél en donde se brinda asistencia y bienestar a una familia o persona, en forma remunerada. Dedicándose la persona trabajadora en forma habitual y sistemática, a labores de limpieza, cocina, lavado, planchado y demás labores propias de un hogar, residencia o habitación particular, que no generan lucro para las personas empleadoras; también pueden asumir labores relativas al cuidado de personas, cuando así se acuerde entre las partes y estas se desarrollen en la casa de la persona atendida.

un tipo de labor (en este caso doméstico) se consideraran centros de trabajo, lógicamente sujetos a control administrativo.

A su vez, resulta de gran relevancia para la temática, traer a colación el principio del interés superior del menor, por ser materia propia y específica de la reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia. Este principio ha sido entendido como una orientación o directriz política en la medida que las actuaciones públicas, deben estar dirigidas hacia el desarrollo armónico y equitativo de los menores de edad. Así toda decisión que concierna a un menor de edad, deberá entonces considerar, primordialmente, sus derechos.

En este sentido la Sala Constitucional, ha emitido la siguiente disposición en su voto N° 6813 del año 2008:

El referido principio no es un mero enunciado vacío, sino que es un criterio hermenéutico que obliga a interpretar de forma sistemática las disposiciones que tengan relación con los derechos de la niñez. Adicionalmente, es un criterio de resolución de conflictos jurídicos, pues permite dirimir las antinomias y colmar

las lagunas jurídicas, en tanto, supone que la interpretación y aplicación de los institutos jurídicos deben estar a favor de los menores de edad. Es una garantía, ya que, toda decisión que concierna al niño, debe considerar, primordialmente, sus derechos.

Entonces no se debe perder de vista, dentro del tratamiento del presente ensayo este principio que se sobrepone a cualquier otro que pueda existir dentro del ordenamiento jurídico a la hora de una posible interpretación.

No obstante y a pesar de lo anterior, es importante considerar que en el país existe una disposición constitucional que estipula la inviolabilidad del domicilio, pudiendo solo ser allanados por orden judicial, o bien para impedir un delito o evitar daños graves a las personas o a la propiedad. Con lo cual pareciera a simple vista que puede existir una discordancia entre una disposición y otra, por lo que es preciso pasar a ventilar si hay posibilidad de prevalencia o superposición entre una y otras; o por el contrario si se complementan entre sí, con ciertas limitaciones y parámetros tanto de constitucionalidad como de legalidad⁵.

⁵ Al respecto se han emitido diversos criterios sobre la potestad administrativa para entrar a una casa de habitación en donde se desarrolle actividad laboral, como consecuencia de la inviolabilidad del domicilio, que propugna la misma Constitución Política. No obstante los mismos concluyen en que tratándose de adolescentes domésticos, existe un interés superior del menor que en muchos casos se superpone incluso al derecho constitucional de la intimidad. En este sentido, el Dr. Alexander Godínez, ha referido: **Desde que yo acepto que mi casa se convierta en un centro de trabajo, estoy aceptando, por consiguiente, que como centro de trabajo esté sujeto a todos los controles y fiscalizaciones que el propio ordenamiento jurídico y las instituciones que están encargadas de realizarlo definen y esto, por consiguiente, significa que un inspector de trabajo puede hacer una visita de inspección a mi casa**, opinó el jurista (...). **De igual forma, se entenderá que el inspector, en una casa de habitación, tendrá las mismas limitaciones que la intimidad o diversas razones impongan para acceder a ciertas zonas. Así como en una empresa el inspector debe limitarse a visitar aquellas áreas que tienen relación expresa con el trabajo que ejecuta la persona, de igual forma tendrá que limitarse en la casa de habitación a aquellas áreas que tienen que ver con las labores que ejecuta el trabajador doméstico, incluyendo la habitación en que pernocta en caso de que duerma en la casa, pues son parte de las condiciones que están pautadas entre el empleador y el trabajador** (Revista OIT, p. 7). Por su parte el Lic. Armando Elizondo, ha considerado que tratándose

continúa en la siguiente página

1. Nacimiento Estatal

De previo a entrar al meollo del asunto es necesario recordar el porqué de la aparición del Estado. En este sentido, se debe considerar que el ser humano al hallarse en la necesidad de agruparse y de asentarse en un lugar determinado debido a su precaria naturaleza y a las condiciones extremadamente nocivas que rodean este mundo, es que sintió la necesidad de otorgar parte de su libertad a una estructura social y política, llamada Estado, con el fin de que se le devolviera seguridad.

Ahora bien, el desarrollo mismo de la teoría estatal ha estado matizado por la dicotomía existente entre autonomía del ser humano y la intervención de ese ente abstracto.

El mismo tiene su razón de ser –como lo ha expresado Harold Laski- en la satisfacción de las necesidades de los habitantes, los cuales a cambio dan un poco de su autonomía, con el fin de recibir como contrapartida un ideal de cumplimiento de los deberes en pro de sus ciudadanos:

El fin del Estado se personifica en su voluntad...Nuestra adhesión suprema va siempre hacia el ideal; y el poder legal que solicita nuestra lealtad, para que ésta, a su vez, nos encadene a su servicio, está condicionado por el fin y el contenido que descubrimos en sus esfuerzos...El interés idéntico de los hombres, en cuanto al resultado de su funcionamiento, supone, de ese modo, la existencia de un Estado responsable.

No posee éste el poder, sin límites ni condiciones. Precisamente posee el poder porque tiene que realizar ciertos deberes. Existe el poder para proporcionar a los hombres, por lo menos en forma potencial, la capacidad necesaria para perfeccionar su existencia. Se le juzga, no por lo que representa en teoría, sino por lo que cumple en la práctica. El Estado aparece sujeto, por eso, a una prueba moral de aptitud y suficiencia. Sus decisiones no son justas a priori. Emite órdenes con la firme voluntad de hacer posible la expresión de los impulsos que enriquecen la vida colectiva. Resulta peligroso, por eso, exagerar sus poderes en este respecto. Ningún Estado conduce, por sí mismo, directamente a la felicidad de sus miembros. Pero resulta igualmente peligroso menospreciar la influencia de que puede disponer para la realización de esos fines (1932: pp.14-17).

En similar sentido, Rousseau dentro de su concepción teórica contractualista, consideraba que el hombre había nacido libre. Y, sin embargo, se encontraba encadenado, o sea, sujeto a la disciplina que supone vivir dentro de un orden estatal, esto a cambio de obtener si bien una libertad más restringida teóricamente, pero más eficaz, porque estaba garantizada por el Estado. Este acuerdo de las personas para ceder su libertad natural, hizo que la obediencia a la ley, fuera una manifestación de la libertad; pues haciendo uso precisamente de esa libertad es como las voluntades se han puesto de acuerdo, dando vida a ese contrato social (citado por Porrúa, 1979: pp. 407-408).

de adolescentes prevalece el principio del interés superior del menor a su protección, por lo que se podría contraponer con sus limitantes al de intimidad, no obstante advierte: **si bien no es lo mismo inspeccionar una empresa y dejar de lado la parte donde están documentos “privados” que entrar a tu casa, ver tu ropa tendida, entrar a tu cuarto donde duermes, ver tu baño, tu cocina y, en general, la forma en que vives.** En vista de lo anterior, hay que tener un tratamiento legal mesurado (Revista OIT, pp. 8-9).

Precisamente surge así, otro elemento importante dentro de la actividad estatal y es el referido a la ley, provocando un contenido racional, mediante el cual a su vez los seres humanos, se adhieren incondicionalmente por un supuesto de legitimidad colectiva y deciden respetar lo acordado, bajo la sanción social que determine precisamente la ley dentro del orden jurídico concebido.

De allí que sea el Estado, mediante la voluntad depositada en él, el que decida los contenidos y bienes jurídicos en determinado tiempo y espacio, a favor de sus habitantes.

2. Legislación Social

Siguiendo la anterior posición del nacimiento Estatal es que Costa Rica y a contrapelo del liberalismo provocado por el pensamiento de la revolución francesa que se había posicionado por casi dos siglos, decide pasar a convertirse en un Estado interventor social de derecho, creando y sistematizando así la legislación laboral en el año 1943, como consecuencia de los horrores que habían ocasionado las dos guerras mundiales. El anterior escenario y la depresión de los años 30's del siglo anterior, trajo aparejado el nacimiento de los derechos de segunda generación y su consecuente tutela. Para lo cual se fijó expresamente dentro del artículo 14 del Código de Trabajo, el interés de que la legislación fuera de orden público, con la consiguiente responsabilidad Estatal en el control de las relaciones laborales que se desarrollaran a lo interno del país:

Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados, existentes o que en lo futuro se

establezcan en Costa Rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni de nacionalidades.

Pasándose a considerar el trabajo, por primera vez excluido de la "locatio conductio operarum", sometiéndose al orden público, bajo los principios: PROTECTOR, de CONTINUIDAD, BUENA FE, IRRENUNCIABILIDAD y PRIMACIA DE LA REALIDAD; posibilitándose los contratos colectivos; las organizaciones sociales; cambiándose la teoría de la culpa en los accidentes laborales por la de la responsabilidad objetiva y finalmente por la del riesgo social; estableciéndose remuneraciones mínimas irrenunciables y reajustables; creándose una jurisdicción especial de trabajo y una instancia administrativa técnica y especializada en la protección de los derechos laborales, como lo es la Inspección de Trabajo.

Con lo cual entonces se da un nacimiento de un *Lus Cogens* (imperativo). Es decir, se produce una mutación del *Lus Dispositivum*, que propugnaba el Código Civil Napoleónico Costarricense de 1888, por un derecho que resultaba integrado por normas de cumplimiento imperativo, cualquiera que fuere la voluntad de las partes, todo en pro de un equilibrio social y del nacimiento de la ciencia jurídica laboral.

Es pues, un hecho aceptado que los años 40, marcan el fin de la vieja Costa Rica liberal -carente de una sistematización de normativa laboral-pasando a darse una transformación aparejada con las corrientes de pensamiento social demócratas y cristianas; pujantes en la conformación de un nuevo orden mundial.

En este sentido señala el profesor Jorge Mario Salazar Mora:

En 1940 el país enfrenta la realidad del cambio generacional que se volverá violento y traumático en muchos aspectos, pero a la vez profundamente trascendental por el cambio en la vida social, económica e institucional. Las transformaciones que se iniciaron en 1940 significaron el desarrollo de un proceso evolutivo que puso al país en el camino de la justicia social, de una mayor equidad en la distribución del ingreso, y dentro de las principales corrientes de pensamiento vigentes. Este es un período radicalmente importante en la vida nacional, que aún los elementos traumáticos que se dieron, han servido para la consolidación democrática del país, pues han permitido cincuenta años de paz social, y crear la base esencial de la Costa Rica del futuro (1993: p.126 y 127).

Realizándose así definitivamente la transformación de un Estado individualista por uno intervencionista, que se iba a inmiscuir en los procesos de producción y distribución de la economía nacional, requiriendo de herramientas legales en la parte tuitiva de los derechos en general de sus habitantes.

3. Lo Constitucional y Penal

3.1 Lo constitucional.

Una vez analizado el esquema social por el que sea ha desarrollado el derecho preservador del trabajo, resulta importante analizar el tema propuesto, desde los puntos

de vista constitucional y penal, con el fin de analizar las implicaciones, dentro del orden jurídico.

Se debe partir, que en el país existe el respeto al domicilio y a la intimidad dentro de los ámbitos en que se desarrollan las personas. En cuanto al domicilio, éste se entiende como la sede principal que una persona física ha escogido para realizar y satisfacer sus intereses. Interesa así el domicilio de persona física y no jurídica, por cuanto la habitación familiar y personal ocurre en el domicilio real del individuo⁶.

En referencia al domicilio y su inviolabilidad, como derecho y garantía individual de todo habitante de la República, estipula el artículo 23 constitucional, lo siguiente:

El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la república son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.

Seguidamente la misma constitución señala en su artículo 24 y como complemento de dicha inviolabilidad, el respeto a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Siendo igualmente inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo, pudiendo no obstante la ley, fijar los casos en que podrán los tribunales de justicia ordenar el secuestro,

⁶ Lo anterior, no excluye –sin embargo– pensar que en una oficina o en un vehículo automotor se puedan desarrollar actos privados de tipo personal. Pudiendo constituirse éstos en recintos privados en donde deben imperar la defensa y garantía del derecho a la intimidad, como lo ha entendido la Sala Constitucional, mediante voto N° 1379 del año 1999.

registro o examen de los mismos, siempre y cuando sea absolutamente indispensable para el esclarecimiento de los asuntos que lleguen a su conocimiento.

Concurrente con lo anterior, la Sala Constitucional, ha venido a relacionar los derechos constitucionales de inviolabilidad de domicilio, correspondencia e imagen, con el de intimidad, lo cual genera límites al poder Estatal y le confiere consecuentemente derechos al administrado:

El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo que se manifiesta de múltiples formas, como por ejemplo: el derecho a la imagen, al domicilio y a la correspondencia. Para la Sala el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse. La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona (voto N° 8649-08).

Asimismo el voto N° 9485 del año 2008, específica en cuáles otros recintos existe tal privacidad; pudiéndose violentar la defensa, solo cuando se esté ante los presupuestos de excepción:

Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un

derecho esencial de todo individuo. El domicilio y las comunicaciones solo ceden por una causa justa y concreta. Lo mismo debe suceder con la intimidad en general, pues como indica la Convención Americana de Derechos Humanos, "... nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...". Así es como la competencia del Estado de investigar hechos contrarios a la ley y perseguir el delito debe de estar en consonancia con el fuero particular de la intimidad, del domicilio o de las comunicaciones, salvo que estemos en presencia de las circunstancias de excepción que indique la Constitución y la ley, caso en el cual se deben seguir los procedimientos prescritos.

Además de lo anterior, el voto N° 11.921 del mismo año, ha referido que también debe reconocerse como recinto privado no solo el tradicional (casas de habitación u oficinas), sino también otros modos de convivencia privada, como podrían ser las partes internas de las embarcaciones:

Al respecto, el concepto domicilio o recinto privado destinado para domicilio, debe ser analizado no solo bajo la concepción clásica sino a partir de la concepción moderna para determinar que el buque, embarcación o nave se encuentra dentro del concepto del artículo 23 constitucional. Si bien es cierto, las embarcaciones en sentido amplio son bienes muebles, que se desplazan de un lugar a otro, o instrumentos de trabajo; en su parte interna mantienen un espacio que integra el ámbito visible pero simbólico

de intimidad, en el que se desarrolla la vida privada de los trabajadores por un determinado espacio de tiempo que llega a constituirse en un domicilio temporal, por lo que para revisar o allanar esa parte específica de la embarcación es necesario contar con la orden judicial que establece el artículo 23 constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad para que las autoridades administrativas puedan acceder libremente a los centros de trabajo⁷, ha referido la misma Sala, la no existencia de impedimento alguno, salvo que allí se desarrolle actividad de intimidad personal que se reputa domicilio; pues en estos casos solo cuando haya autorización por parte de quien esté facultado a darla⁸ o cuando haya de por medio orden judicial, se podría acceder:

Es decir no hay problema de constitucionalidad en cuanto al allanamiento a los lugares de trabajo –porque no se trata de recintos privados– y en cuanto a los lugares de alojamiento, si se allanan previa orden judicial...o si el propietario de lugar (la casa de habitación o el cuarto de alojamiento) da su consentimiento. Así, cuando exista consentimiento expreso por parte del habitante o propietario del domicilio o recinto privado puede prescindirse de la orden judicial para realizar la inspección

o allanamiento (...) en caso contrario la orden judicial y la motivación son indispensables. En conclusión, la potestad de inspección en lugares de trabajo y en las zonas de acceso público en sitios de alojamiento, no requiere orden judicial, en los términos que lo establece el artículo 23 constitucional, salvo que se trate de domicilio o recintos privados. Ahora bien, en cuanto a la potestad ya no de inspeccionar sino de revisar documentos tales como pasaportes, cédulas de identidad y de residencia, documentos de identificación, planillas de la CCSS y pólizas de riesgos de trabajo, y su relación con el artículo 24 Constitucional, se tiene que el derecho a la intimidad es aquel que protege documentos privados, y en este caso ni pasaportes, cédulas de identidad y de residencia, documentos de identificación, ni planillas de la CCSS y pólizas de riesgos de trabajo son documentos privados (ver artículo 1° de la Ley N° 7425, Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones), por lo tanto la potestad de revisión de dichos documentos no es violatorio de la intimidad (voto N° 9618-05).

Se pueden extraer dos consecuencias de lo transcrito, por un lado la no violación del derecho constitucional, siempre y cuando medie orden judicial o consentimiento

⁷ La ley N° 9028 (Ley General de Control del Tabaco y sus efectos nocivos en la salud) ha considerado como centro de trabajo el lugar que utilizan uno o más trabajadores que sean empleados o voluntarios durante el trabajo. Incluyendo asimismo los lugares conexos o anexos y vehículos que utilicen en el desempeño de su labor, con el fin de combatir y prevenir el tabaquismo. No obstante, se exceptúan las casas destinadas, exclusivamente a la habitación familiar, precisamente con el fin de resguardar el derecho de la intimidad (arts 2 y 4).

⁸ En este sentido igualmente puede consultarse el voto constitucional N° 17086-2008, el cual ha referido que la intimidad está formada por fenómenos, comportamientos datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento, no habría trasgresión de dicho derecho.

expreso de quien pueda darlo (habitante o propietario) y por otro lado, se entiende la potestad de las autoridades administrativas de revisar documentos que no sean privados como lo son instrumentos de identificación, pólizas, planillas, contratos de trabajo, etc. Debe recordarse que la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en concordancia con los Convenios Internacionales, expresa la prohibición -dentro de su artículo 100- a los Inspectores de Trabajo, bajo pena de suspensión o incluso de destitución de su cargo, divulgar los datos que obtengan con motivo de las inspecciones, sin perjuicio de cualesquiera otras responsabilidades, penales o civiles, en que hubieren podido incurrir, si revelaren secretos industriales o comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo; con lo cual se asegura la confidencialidad de los mismos.

3.2. Lo penal.

A nivel penal, se han configurado delitos dentro del ordenamiento jurídico que precisamente castigan la contravención de dichas disposiciones constitucionales, siendo así que se castiga con pena de prisión, a las personas particulares que entren a una morada o casa de negocios ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, sea clandestinamente o con engaño, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de exclusión. En el caso de que las personas contraventoras ostentaren un rango de autoridad pública, incurrirían en el delito de allanamiento ilegal⁹ si violan la privacidad domiciliaria, sin cumplir con las formalidades de ley.

9 En este sentido expresa el artículo 205 del Código Penal: Se impondrá prisión de seis meses a tres años e inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, de uno a cuatro años al agente de la autoridad o al funcionario público que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que el Bien Jurídico tutelado, es precisamente la intimidad constitucional que prevalece desde 1949:

El delito de allanamiento ilegal tiene como bien jurídico tutelado el ámbito de la intimidad y no los Deberes de la Función Pública. En torno a este tema, debe recordarse que el artículo 23 de la Constitución Política establece que el "(...) domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños menores a las personas o la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley". Asimismo, dado el rango constitucional que nuestro sistema de garantías le asigna al domicilio, su vulneración se rodea de una mayor rigurosidad, siendo su incumplimiento inclusive calificado como delictivo, conforme se establece en la legislación ordinaria al prever algunas figuras penales, entre ellas la violación de domicilio y el allanamiento ilegal (cfr. artículos 204 y 205 del Código Penal). Igualmente el sistema procesal regula el procedimiento para el allanamiento de vivienda o lugar habitado, entre los cuales sobresale el de ser realizado por juez competente, lo cual se regula en el numeral 193 del Código Procesal Penal. De ahí que lo procedente, al no acreditarse los requisitos objetivos del tipo, es absolver de toda pena y responsabilidad a los acusados J. y C., a este último por un

efecto extensivo y por economía procesal, de la comisión del delito de allanamiento ilegal (voto N° 1259-10).

No obstante y como medio probatorio puede la autoridad judicial efectuar en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro de manera personal y con el auxilio de las autoridades judiciales, lo cual deberá iniciar entre las seis y las dieciocho horas, o en cualquier horario en los casos sumamente graves y urgentes o cuando medie consentimiento expreso del morador. Cuando se trate de locales públicos, será igualmente acordado por el juez, quien podrá delegar la realización de las diligencias en funcionarios del Ministerio Público o de la Policía Judicial, sin que rijan las limitaciones horarias anteriores y debiéndose avisar a las personas encargadas, salvo que sea contraproducente para los fines que se persiguen; disposiciones que son conformes con el Código Procesal Penal¹⁰.

Es oportuno recordar que con ocasión de la función pública, se puede dar lo que se conoce dentro de la vía criminal, como el abuso de autoridad, el cual se regula dentro del Código Penal (art. 331), como un ilícito que va a contrapelo de los deberes de dicha función. Consistiendo en una conducta de abuso por parte del servidor, ordenando o cometiendo algo arbitrario en perjuicio de los derechos del administrado, en franco incumplimiento de los deberes de realización

10 En igual sentido el artículo 36 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia estipula que cuando los hechos y las circunstancias lo justifiquen, podrán solicitar su personeros, al juez competente órdenes de allanamiento de morada, para cumplir con sus obligaciones de salvaguardia de la estabilidad física y emocional de las personas menores de edad. Debiéndose conceder dentro de 24 horas siguientes a la solicitud. Asimismo las autoridades de la policía judicial y administrativa, estarán obligadas a prestar cooperación eficiente para los allanamientos, con prioridad sobre cualquier otro asunto.

del fin público, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular, propios de toda administración sana.

4. LEGISLACIÓN URUGUAYA.

Se trae a colación como reseña breve, la legislación uruguaya como fuente de derecho comparado por ser -a nivel latinoamericano- la que en el año 2006, vino a regular de manera particular las inspecciones domiciliarias dentro del servicio doméstico.

En catorce artículos, se viene a tasar el trabajo doméstico, interesando destacar que se hace diferencia en cuanto a los descansos tanto intermedio (dentro de la jornada), como el nocturno (nueve horas continuas) y el semanal (treinta y seis horas ininterrumpidas), para aquellas labores que se desarrollen con o sin retiro del centro de trabajo. Así, si el trabajo es con retiro, el mínimo es de media hora, con libre disposición por parte de la persona trabajadora para hacerlo efectivo y si lo es sin retiro, el mínimo será de una duración de dos horas. Con un máximo legal de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales de trabajo.

Estableciéndose en dieciocho años la edad mínima para desempeñar las labores domésticas, sin perjuicio, para cuando medien razones fundadas (sin explicar la ley cuáles son), autorizar por medio del Instituto del Niño y Adolescente Uruguayo, a los menores a partir de quince años.

Es el artículo trece de la ley, el que establece lo referido al control de la infraccionalidad laboral, estipulando que le corresponde a la Inspección General de Trabajo y Seguridad Social, la vigilancia de la misma, para lo cual podrá realizar inspecciones domiciliarias cuando exista presunción de violación de la normativa laboral, para lo cual deberá contar con orden judicial de un juzgado de trabajo.

Cabe destacar de dicha disposición, dos cuestiones medulares, una en donde pareciera desprenderse que es poco probable que ocurran las visitas oficiosas en este tipo de actividades domiciliarias, pues como requisito para poder entrar a un domicilio es precisamente que haya una presunción de incumplimiento, el cual no se podría sostener, sin la existencia de un requerimiento previo o de una denuncia de parte¹¹. Por otra parte, el hecho de requerirse de una orden expresa y expedida por la judicatura laboral¹², a la cual debe informársele en un plazo perentorio de lo sucedido durante la visita domiciliaria. Estos presupuestos muestran la importancia que le da al domicilio la legislación Uruguaya, al imponer requisitos objetivos para transgredir el mismo.

5. LA PROPUESTA.

No cabe la menor duda que el patrono al contratar servicio doméstico en su casa de habitación, implícitamente está aceptando – por imperativo legal-que el mismo se convierta

11 En la actualidad Uruguay ha apostado a la concientización por medio de campañas publicitarias y capacitaciones formales (información obtenida en videoconferencia OIT, 14 de noviembre 2012).

12 En el país pareciera poco probable delegarle dicha posibilidad a las autoridades judiciales laborales, por cuanto por constitución se entiende que se hace alusión a la judicatura penal y sólo para impedir la comisión o impunidad de un delito (lesiones a las personas, daños a la propiedad, etc).

en un centro de trabajo y hasta cierto punto se diluya el derecho a la intimidad, ya que de acuerdo con los convenios internacionales y la misma ley, deben las autoridades intervenir por orden público en dicha esfera, en pro de la defensa de los derechos laborales.

No obstante y a pesar de lo anterior, tampoco hay duda en cuanto a que no es lo mismo que una autoridad administrativa (inspector de trabajo) acuda a un centro de trabajo tradicional (empresa abierta al público en general) que a una casa de habitación en donde está especialmente resguardado por el ámbito constitucional. De allí la necesidad en pensar realizar un procedimiento (vía decreto) que resguarde el derecho constitucional y haga a su vez viable la labor tuitiva de los derechos para los casos de las trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico y de manera particular y bajo el principio del interés superior del menor, cuando se trate de menores de edad, como lo establece –según se ha visto- la reforma al código de la niñez y la adolescencia.

5.1. Justificación de la propuesta.

La razón de ser de la propuesta, sería poner reglas claras a tono con el principio de legalidad durante la actuación de la Inspección de Trabajo, de forma que se pueda cumplir con las funciones encomendadas por los instrumentos internacionales y legales, pero sin transgredir otros derechos reconocidos en la Carta Magna, con ocasión de la tutela pública. Lo anterior, con ocasión del trabajo

doméstico¹³ y, con especial énfasis en el caso del trabajo adolescente, por la trascendencia del interés superior.

Además de ponerse a tono con la recomendación N° 201 al Convenio 189 OIT, en la protección y regulación de forma especial de los derechos de las personas trabajadoras domésticas.

Esto en apremio de los compromisos internacionales y como parte de la cultura de respeto a sus ciudadanos, lo que ha caracterizado al país a través de su historia de independencia.

5.2. Generalidades.

En buena técnica jurídica se debería producir una adición de un capítulo IX, a la Directriz N° 023-2008, ya que por medio de la directriz ministerial, N° 014 de fecha 5 de abril del año 2011, se había adicionado a la original, un capítulo VIII (Acta de Inspección de solicitud de información), el cual está plenamente vigente.

El capítulo nueve que se adicionaría se podría denominar: “**Procedimiento para la verificación del cumplimiento de los derechos de las personas trabajadoras domésticas**”. El mismo iría dirigido a la actuación administrativa con ocasión del trabajo doméstico, sin obviar como presupuesto fundamental constitucional el derecho a la intimidad de las personas que

habiten en las residencias particulares o en casas de habitación o en cualquier otro lugar en el que se desarrollen actividades de servicio doméstico.

Empatándose ambas, consideraciones mediante la posibilidad de visitar estos particulares centros de trabajo, pero solo cuando medie autorización expresa del dueño o sus representantes, con lo que se salvaguardarían los derechos de propiedad, de inviolabilidad de domicilio, de integridad física del funcionario y de intimidad de los habitantes del país. No obstante, como se propondrá en caso de dificultar a la autoridad su trabajo por el simple hecho de sustraerse al control, se expondría el remiso, a ser sancionado por conducta delictuosa.

5.3. Del desarrollo.

La inspección se haría a petición de interesado o de oficio¹⁴. Tanto para efectos de protección personal¹⁵ como para preconstituir prueba ante cualquier desavenencia, la misma sería recomendable que se realice en forma conjunta por dos Inspectores de Trabajo, siendo ambos responsables de la investigación. La misma en caso de requerirse y previa coordinación, debería contar con el apoyo de las autoridades de Fuerza pública, Migración, Pani y cualquier otro ente. Lo anterior, dentro de las horas del día y de la noche, tanto en los días hábiles

13 Siendo que no es un secreto que el mismo ha contribuido sin duda alguna al desarrollo de las economías de los países y sin embargo, ha sido paradójico, por cuanto en la mayoría de los casos quienes lo realizan han sufrido o sufren una discriminación y constante violación de sus derechos, como se ha referido mediante un caso real durante la introducción del presente.

14 Pareciera y el tiempo lo enseñaría que dicha actuación ocurriría más por denuncia que de manera oficiosa, por el tipo de intereses jurídicos que están en la palestra.

15 Es oportuno que los Inspectores de Trabajo, cuenten con una póliza –como sucede en el régimen policial- por responsabilidad, riesgo o cualquier otro posible acontecimiento que ocurra dentro de la actividad; la cual debe correr a cargo del patrón

como inhábiles, resguardando eso sí en el mayor de los casos la razonabilidad en el ejercicio de dicha actuación¹⁶.

Ahora bien, sería óptimo valorar varios escenarios durante el desarrollo de la visita:

a-) Impedimento de Ingreso: En este caso y previa solicitud de la participación de las autoridades mencionadas, con el fin de constituir prueba, se procedería a confeccionar un informe de dicho acontecimiento, para que el Departamento Legal de la Inspección junto con la respectiva jefatura, procedan a realizar la denuncia correspondiente¹⁷;

b-) Permiso de ingreso: El cual lo daría expresamente el dueño, usufructuario, poseedor o sus representantes, del bien inmueble. En este escenario la Inspección solicitaría la documentación pertinente a la certificación de personería jurídica, las planillas internas, las de la CCSS y las del INS, los comprobantes de pago de salarios y cualquier otro documento que se requiera para determinar si existe o no alguna infracción, en los términos indicados por los artículos 12 inciso c.ii y 16 inciso b.ii de los Convenios 81 y 129, de la OIT, respectivamente. Además se harían entrevistas con los trabajadores en forma independiente y privada, con el

fin de conseguir una deposición de forma libre y sin presiones de ningún tipo. Se haría asimismo, un recorrido por las instalaciones de la residencia particular o casa de habitación para determinar las condiciones de legalidad, salud, alimentación y seguridad para la persona trabajadora. Dicho recorrido, lo deberían realizar ambos inspectores en compañía de la persona que designe quien haya otorgado la autorización para el ingreso.

Debiéndose comunicar al Ministerio Público, posibles delitos encontrados¹⁸, de conformidad con las prescripciones previstas en el artículo 281 del Código Procesal Penal.

Finalmente el ciclo inspectivo concluiría con un archivo en caso de no detectarse infracción alguna o de cumplimiento con lo prevenido en caso de haberse hecho prevención alguna¹⁹ y en caso de no cumplirse se procederá con la acusación ante la sede judicial, de conformidad con el trámite de infraccionalidad laboral²⁰.

CONCLUSIONES.

Como se aprecia el tema en tratamiento trae diversas consecuencias jurídicas, que

son necesarios en pro del resguardo, tanto del derecho de inviolabilidad domiciliaria, el de los trabajadores, el del interés superior del menor trabajador y el deber propio de la actividad inspectiva; con el fin de dar un equilibrio social ante las necesidades de la ciudadanía. De manera que no se permita violación a la legislación laboral, tanto internacional como nacional, ni por otro lado se dé una extrapolación de funciones o por el contrario una omisión del deber de cumplimiento a la ley. Teniendo así claro el funcionario de la inspección, su actuación, sin pasarse del ámbito legal al ilegal por la falencia de instrumentos oportunos dentro de su cometido cotidiano y a la vez el ciudadano bajo el principio de publicidad, sepa de antemano la atención de la actuación y su deber de colaboración.

Así, bajo la perspectiva de la concepción teórica del empeño de “cierta” libertad al Estado, con el fin de conseguir los seres humanos resguardo ante su alicaída situación natural, es que al mismo se le ha concedido el derecho y el deber de averiguar lo que hay detrás de las puertas, por intermedio de la Inspección de Trabajo, como ente administrativo que salvaguarda los derechos que surjan con referencia de las relaciones laborales.

Asimismo se puede decir, que debe existir un complemento entre derechos, sin que exista predominio -dentro del ámbito laboral- entre unos y otros, sino por el contrario, debería haber dentro del tema estudiado una yuxtaposición dentro del orden jurídico y dentro de los límites abordados.

Asimismo es necesario señalar que la eficacia de una propuesta y en general de lo ya reformado con ocasión del empleo doméstico y los menores de edad como

asalariados, dependerá de la coordinación entre instituciones (PANI, MINISTERIO PÚBLICO, JUDICATURA, INS, MINISTERIO DE TRABAJO, MINISTERIO DE SEGURIDAD, etc) y la disposición Estatal para hacerla prevalecer como política pública. En este sentido los últimos informes de la OIT para los países de Centroamérica, han concluido que la falta precisamente de integración y coordinación interinstitucional, reducen la efectividad pretendida. De allí que sea necesario que la Inspección de Trabajo, coordine las visitas a las casas de habitación (que cuenten con servicio doméstico y máxime cuando haya de por medio adolescentes en la actividad) con las autoridades necesarias, con el fin de hacer prevalecer los derechos obreros, sin violación a la propiedad privada, intimidad, privacidad y cualesquiera otros que afecten indebidamente la integridad de los patronos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

Libros:

Laski, H. J. (1932). El Estado Moderno, sus Instituciones Políticas y Económicas. Librería Bosch, Ronda de la Universidad, 2 ed. Barcelona. Pp. 359.

Porrúa Pérez, F. (1979). Teoría del Estado. Editorial Porrúa, S.A, 13 ed. México, D.F. Pp.525.

Salazar Mora, J.M. (1993). El significado de la Legislación Social de los cuarenta en Costa Rica. Imprenta Nacional. San José, Costa Rica. Pp 651.

Von Potobsky, G. y Bartolomei De la Cruz, H. (2002). La Organización Internacional del Trabajo. Editorial Astrea, 1 reimpresión, Buenos Aires. Pp. 526.

16 Si bien los inspectores de trabajo de conformidad con los Convenios 81 y 129 pueden visitar libremente y sin previa notificación, en cualquier hora del día o de la noche, todo establecimiento sujeto a inspección; no obstante es conveniente señalar que siendo que se trata de un domicilio donde se desarrolla una vida familiar, de descanso y de privacidad a ultranza, lo oportuno es poner dicha limitación, aún cuando no se utilice específicamente bajo un criterio de legalidad, sí de prudencia, el cual como lo ha señalado la Sala de lo Constitucional, consiste en que toda decisión dentro del ámbito legal, debe permitir la supervivencia y la prosperidad social, sin que se den pactos suicidas en contra de la vigencia constitucional (voto N° 02-4947).

17 En la práctica la Inspección procede a acusar por el delito previsto en el artículo 389 inc. 7 (dificultar la acción de autoridad) del Código Penal. Lo anterior, con el fin de que además de imponer la sanción correspondiente, se le otorgue un plazo judicial al infractor, para que permita la visita que corresponda.

18 Destacando, las peores formas de trabajo infantil; Tráfico ilícito de migrantes; trata de personas, otros delitos contra la vida, libertad sexual y en general cualquier otra conducta ilícita en contra de la persona trabajadora doméstica.

19 Para mayor abundamiento del procedimiento se puede consultar Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, N° 101, Régimen sancionatorio de la Inspección de Trabajo en Costa Rica (mise en demuere), año 2011.

20 Actualmente el autor del presente ensayo, se encuentra elaborando su tesis doctoral con una propuesta de un nuevo paradigma para la sancionabilidad de las infracciones laborales, de cara con la globalización y los cambios que demandan los modernos tiempos.

Revista

Revista sobre trabajo infantil y adolescente doméstico: una ventana al marco Jurídico. Diciembre 2003. OIT, San José, Costa Rica.

Revista Judicial (2011). Régimen sancionatorio de la Inspección de Trabajo en Costa Rica (mise en demuere). Briones Briones, Eric. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. N° 101 pp. 34-46.

Leyes y Convenios:

Código de la Niñez y la Adolescencia (versión electrónica). Recuperado el día 3 de mayo de 2012, desde <http://www.protegiendoles.org/documentacion/articulo23.pdf>.

Código de Trabajo de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 3 de mayo de 2012, desde <http://77.admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/C%C3%93DIGO%20DE%20TRABAJO.pdf>.

Código Penal de Costa Rica. (versión electrónica). Recuperado el día 4 de mayo de 2012, desde <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ICAP/UNPAN030638.pdf>.

Código Procesal Penal (versión electrónica). Recuperado el día 4 de mayo de 2012, desde http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=76224&strTipM=TC.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, N° 1860 del año 1955.

Ley de 1887 que emite el Código Civil, N° 63 (versión electrónica). Recuperado el 4

de mayo de 2012, desde http://196.40.56.12/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=15437&nVersion=16544&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO.

Ley N° 7648 (Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia) (versión electrónica). Recuperado el 4 de mayo de 2012 https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:nX31Ed4Uu04J:www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/normativa/Ley%2520Org%25E1nica%2520del%2520Patronato%2520Nacional%2520de%2520la%2520Infancia.doc+&hl=es&gl=cr&pid=bl&srcid=ADGEESgx0DNAvKacgZNzwd5Yi8ikBk_0JpxUWo8c0iTOArxfrTnD5S2hG12MFE0jt_r4SS549snFL6Gzs7KquAo3NCDtnVTp29H0__PepIRoZbUuycQ0O0LHK9Wmzgl1K5r3HKSTLJ6&sig=AHIEtbToUKWI8yFTndRyJOORe0T2OUb_gA

Resoluciones Judiciales:

Ley N° 8726 (Reforma del Capítulo Octavo del Título Segundo del Código de Trabajo. Recuperado el día 7 de mayo de 2012, desde https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BZgcM2bInqQJ:www.hacienda.go.cr/centro/datos/Ley/Ley%25208726-La%2520Gaceta%2520143-24Jul-2009.doc+ley+8726&hl=es&gl=cr&pid=bl&srcid=ADGEESjU2eD9MLb-qBNJ-Tp8vPKtzlBAkX_TG-3BQpY8wpqFW9PZ87whAJAgVhxnHry3n-8H5oTQ6OmdG2vcwJ1_mggxc6G_bp7COAs92e3QQpDfzUHsrK3_ziJCA_gy203iqC0h22Bzt8&sig=AHIEtbSYsUUUJTeOKIT1dnB r8n19pWLFQ.

Ley N° 8842 (Reforma Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739). Recupera-

do el día 3 de mayo de 2012, desde http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=68461&nVersion=81710&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO

Ley N° 8922 (Prohibición del Trabajo Peligroso e Insalubre para personas adolescentes trabajadoras). Recuperado el día 3 de mayo de 2012, desde <http://documentos.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/USI/normativa/2011/LEYES/L-8922.doc>.

Ley N° 9028 (Ley General de Control del Tabaco y sus efectos nocivos en la salud).

Ley N° 18.065 (Ley del Trabajo Doméstico en Uruguay), 15 de noviembre del año 2006. Recuperado el día 11 de junio de 2012, desde <http://sip.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18065&Anchor.->

Decreto N° 29.220-2001 sobre la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes.

Decreto N° 31.461-2003 que Crea Comité Directivo Nacional de Lucha Contra el Trabajo Infantil.

Decreto N° 34.423-2008 atinente a la coordinación Intrainstitucional para la atención de las personas trabajadoras menores de edad.

Directriz N° 023-2008-MTSS (Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo). Publicado en Alcance gaceterario N° 166 de 28 de agosto 2008.

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo (industria y comercio), 1947 (versión digital). Recuperado el día 4 de mayo de 2012, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>

Convenio129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el día 4 de mayo de 2012, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>

Convenio138 sobre la edad mínima en el trabajo, 1973 (versión digital). Recuperado el día 4 de mayo de 2012, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>

Convenio 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, 2011 (versión digital). Recuperado el día 7 de mayo de 2012, desde http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/media-centre/press-releases/WCMS_157892/lang-es/index.htm

Resoluciones Judiciales:

Sala Constitucional. Voto N° 1319 de las 14:51 hrs del 4 de marzo del año 1997.

Sala Constitucional, Voto N° 1379 de las 15:21 hrs del 24 de febrero del año 1999.

Sala Constitucional. Voto N° 9685 de las 14:56 hrs del 1 de noviembre del año 2000.

Sala Constitucional. Voto N° 4947 de las 9:20 hrs del 24 de mayo del año 2002.

Sala Constitucional. Voto N° 9618 de las 14:46 hrs del 20 de julio del año 2005.

Sala Constitucional. Voto N° 9685 de las 10:05 hrs del 12 de mayo del año 2006.

Sala Constitucional Voto N° 6813 de las 17:56 hrs del 23 de abril del año 2008.

Sala Constitucional Voto N° 8649 de las 16:40 hrs del 21 de mayo del año 2008.

Sala Constitucional Voto N° 9485 de las 9:53 hrs del 6 de junio del año 2008.

Sala Constitucional Voto N° 11.921 de las 8:44 hrs del 2 de setiembre del año 2008.

Sala Constitucional Voto N°17.086 de las 10:11 hrs del 14 de noviembre del año 2008.

Sala Tercera Voto N° 1259 de las 11:02 hrs del 4 de noviembre del año 2010.

Entrevistas:

Entrevista de fecha 11 de junio 2012, con la Licda Esmirna Sánchez, Directora de la Dirección de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, sobre el tema de los menores trabajadores en el servicio doméstico.

Videoconferencia:

Referida a la Inspección y trabajo doméstico (Perú, Uruguay, Costa Rica y Suiza). 14 de noviembre del año 2012. p.23.

LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVACIÓN DE LA TUTELA AMBIENTAL E IRREDUCTIBILIDAD DE ESPACIOS SOMETIDOS A RÉGIMEN ESPECIAL DE PROTECCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO

M.Sc. Mario Peña Chacón¹

Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de ecosistemas relevantes y no regresión son autónomos e independientes, presentando cada uno de ellos su propia naturaleza, contenido, alcances, fundamentos, limitaciones y restricciones. Sin embargo, poseen y comparten áreas de confluencia o zonas comunes, que hacen posible su interdependencia e incluso su coexistencia.

El presente trabajo académico se propone encontrar esas zonas de confluencia, y para ello, primero se procede a desarrollar cada principio por separado, para luego realizar un análisis comparativo de coincidencias y diferencias que permita determinar las distintas relaciones posibles de interdependencia.

I- Principio de Objetivación de la tutela ambiental

El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense, y consiste básicamente en la obligación de acreditar, medie estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias,² reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

¹ Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). mariopenachacon@gmail.com

² Votos constitucionales: 14293-2005, 17126-2006, 2063-2007, 3684-2009, 075-2010, 21258-2010, entre otros.

De esta forma, todas aquellas decisiones administrativas, que puedan tener incidencia en el ambiente, requieren de un sustento técnico y científico que les de respaldo, y en tal condición queda limitada y condicionada la discrecionalidad de la Administración en su actuación,³ discrecionalidad que encuentra asidero jurídico en los artículos 16 y 160 de la Ley General de Administración Pública.

Se trata ni más ni menos de la aplicación del principio constitucional de razonabilidad al derecho ambiental, obligando a que los actos y las normas que se dicten con respecto a esta materia, estén debidamente motivados en estudios técnicos serios, aun cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciera de manera expresa.⁴ No exige sólo cumplir con ciertas formalidades, sino utilizar todos los medios jurídica y fácticamente posibles para preservar el ambiente,⁵ esto en cabal cumplimiento del principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza, el cual insta a utilizar las mejores técnicas disponibles para reducir al mínimo los daños ambientales, así como del Principio 17 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo que obliga a emprender una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente pueda producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente. Lo anterior encuentra respaldo en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo en los votos 13294-2011 y 13295-2011 donde la Sala Constitucional dispuso:

“El artículo 50 de la Constitución Política ordena al Estado que garantice el derecho a un ambiente sano. Tal obligación implica que el Estado debe tomar todas las medidas técnicas posibles para asegurarse de que la actividad que aprueba no causará daños al ambiente.”

En la misma línea, el voto 2410-2007 estableció:

“...a través de la producción y uso de la tecnología es que debe de promoverse que se obtenga (...) un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause a éstos daño o perjuicio, como lo ha considerado nuestro Tribunal Constitucional, en su amplia jurisprudencia, inclusive desde sus orígenes, así en las sentencias supra citadas número 3705-93 y número 2006-17126.”

Ahora bien, específicamente sobre el principio de objetivación, la Sala Constitucional en los votos 14293-2005, 17126-2006 y 3684-2009 expuso:

“De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno

puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente.”

La objetivación del principio constitucional de razonabilidad permea al entero ordenamiento jurídico, a lo cual por supuesto, no escapa el derecho ambiental, incluyendo la totalidad de sus principios rectores, entre ellos: preventivo, precautorio, contaminador-pagador, reparación in natura, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección, no regresión, etc. Por ello, toda

actuación en materia ambiental, así como toda normativa, no puede desvincularse, bajo ninguna circunstancia, de este principio sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por violación al criterio de razonabilidad, o bien, de ilegalidad por infringir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

A nivel normativo es posible encontrar la obligatoriedad de la vinculación entre la ciencia y técnica y las decisiones ambientales en las disposiciones que regulan la evaluación de impacto ambiental en la Ley Orgánica del Ambiente; la evaluación de riesgos en materia de organismos genéticamente modificados prevista en Ley de Protección Fitosanitaria; la exigencia de estudios técnicos justificativos como requisito sine qua non para la reducción de la superficie de Áreas Silvestres Protegidas contenida tanto en la Ley Orgánica del Ambiente como en el Convenio para la Protección de las Bellezas Escénicas de los países de América, así como la exigencia de planes de manejo forestal previo a su aprovechamiento, o bien, la plasmación de los criterios para otorgar permisos de corta limitada, razonable y proporcional en terrenos privados cubiertos de bosque que exige la Ley Forestal.

En estricta aplicación del principio de objetivación de la tutela ambiental a raíz de la ausencia de criterios y estudios técnicos y científicos que les otorgara respaldo, y a manera de ejemplo, la Sala Constitucional por medio del voto número 2019-2009 declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Decreto Ejecutivo número 32734 del 09 de agosto del 2005 por el cual se derogó la obligación de viabilidad ambiental (EIA) previo al otorgamiento de concesiones para el aprovechamientos de aguas superficiales y subterráneas. De

3 Votos constitucionales: 14293-2005, 11562-2006, 17126-2006 y 11562-2006.

4 Votos constitucionales: 7294-1998, 2988-1999, 1963-2012.

5 Votos constitucionales: 964-2012, 8210-2007, 2011-3744, 7294-98 y 13099-2010.

igual forma, mediante el voto 12081-2012 decretó la inconstitucionalidad de la Nota del Cuadro 3 del Anexo I del Reglamento para la Calidad de Agua para Consumo Humano en Establecimientos de Salud, Decreto Ejecutivo número 37314-S del 10 de octubre de 2012, que permitió un nivel de arsénico en el agua mayor al que recomiendan diversos estudios científicos, incrementando con ello el riesgo de padecer de cáncer.

II- Principio de Irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección

Íntimamente relacionado con el principio de objetivación de la tutela ambiental se encuentra el principio de irreductibilidad, que tiene como finalidad impedir la reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación y limitación de los espacios naturales sometidos a régimen especial de protección, debido a que albergan ecosistemas considerados jurídicamente relevantes, entre ellos es posible reconocer: bosques ubicados en terrenos privados, humedales (manglares), áreas silvestres protegidas (ASP), territorios indígenas, anillo de contención del Gran Área Metropolitana (GAM), así como todos aquellos terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado (PNE).

El principio de irreductibilidad busca el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y encuentra fundamento tanto en el Convenio de Diversidad Biológica⁶ como en la Ley de Biodiversidad,⁷ y en los Principios del Enfoque de Ecosistemas de Malawi⁸ contenidos en el Reglamento de la Ley de Biodiversidad⁹ que conceptualiza dicho enfoque como una estrategia para la gestión integrada de tierras, aguas y recursos vivos, fundamentada entre otros, en los siguientes principios:

“Principio 5: A los fines de mantener los servicios de los ecosistemas, la conservación de la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas debería ser un objetivo prioritario; Principio 6: Los ecosistemas se deben gestionar dentro de los límites de su funcionamiento”.

Es posible extraer, sustentar y desarrollar el principio de irreductibilidad de ecosistemas relevantes basándose tanto en el derecho internacional ambiental como en la normativa constitucional, legal y reglamentaria.

Diversas normas contenidas en instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica imponen la obligación de evitar el cambio de uso de suelos en las áreas con cobertura

⁶ El artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica contempla el deber del Estado de administrar los recursos “importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación”, y el de promover “la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales”.

⁷ “Artículo 49.- Mantenimiento de procesos ecológicos. El mantenimiento de los procesos ecológicos es un deber del Estado y los ciudadanos. Para tal efecto, el Ministerio del Ambiente y Energía y los demás entes públicos pertinentes, tomando en cuenta la legislación específica vigente dictarán las normas técnicas adecuadas y utilizarán mecanismos para su conservación, tales como ordenamiento y evaluaciones ambientales, evaluaciones de impacto y auditorías ambientales, vedas, permisos, licencias ambientales e incentivos, entre otros.”

⁸ Elaborados en el Taller sobre enfoque por ecosistemas celebrado en Lilongwe en enero de 1998.

⁹ Reglamento a la Ley de Biodiversidad, Decreto N° 34433 del 11 de marzo de 2008

forestal y aptitud forestal, así como el deber de recuperar las áreas deforestadas, entre ellas:

- El párrafo tercero del artículo 3 del Convenio Marco de Cambio Climático de las Naciones Unidas dispone que los Estados Partes deben “tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos”, mientras que por el artículo 4 se adquiere el compromiso de promover la conservación y el reforzamiento de sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, entre los que se encuentran los bosques.
- El artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica estipula el deber de los Estados Parte de administrar los recursos “importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación”, así como el de promover “la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales”.
- El Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres prioritarias en América Central, en su artículo 10, contiene la obligación estatal de: “tomar todas las medidas posibles para asegurar la conservación de la biodiversidad”, entre éstas, las “que contribuyan a conservar los hábitats naturales y sus poblaciones de especies naturales”.
- El Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas

Naturales Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales consagra en su artículo 3 el compromiso de los Estados Parte de propiciar que los suelos se utilicen en concordancia con su mejor aptitud; priorizar la rehabilitación de bosques degradados y secundarios y detener o disminuir la presión para la conversión del bosque natural primario a otros usos del suelo.

- Por su parte, el artículo 19 de la Ley Forestal dispone que en terrenos cubiertos de bosque, no se permite cambiar el uso del suelo, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado se encuentra autorizada a otorgar permisos en esas áreas para los siguientes fines: a) Construir casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes e instalaciones destinadas a la recreación, el ecoturismo y otras mejoras análogas en terrenos y fincas de dominio privado donde se localicen los bosques. b) Llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional. En estricta vinculación con el principio de objetivación de la tutela ambiental, la norma expresamente dispone que en estos casos de excepción la corta de bosque debe ser limitada, proporcional y razonable, previo dictamen que podría exigir la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Por su parte, el artículo 52 de Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos dispone la obligación de reparar los daños causados al recurso suelo, así como la de indemnizar a terceros afectados, independientemente de la existencia de dolo o culpa.

- En esa misma línea, pero en materia de manglares, el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE dispone que aquéllas áreas que hayan sido desprovistas de manglar mantendrán su condición de tal. Esta disposición de suma importancia establece su irreductibilidad, pues con ella se busca evitar que las zonas de manglar, una vez degradadas, sean objeto de un cambio de uso de suelo y de apropiación privada.¹⁰ Mientras tanto, el artículo 98 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece expresamente la obligación de recomposición de este tipo de ecosistema.¹¹
- Tratándose de áreas silvestres protegidas, tanto la ley Orgánica del Ambiente como el Reglamento Ley de Biodiversidad, en armonía con el Convenio de Washington, prohíben la reducción de su superficie, salvo que ésta fuera realizada mediante ley de la República y después de realizar estudios técnicos que justifiquen dicha medida.
- En materia de paisaje, el artículo 72 de la Ley Orgánica del Ambiente, dispone que: *cuando para realizar una obra se necesite afectarlo, el paisaje resultante deberá ser, por lo menos, de calidad igual que el anterior*, siendo

que la jurisprudencia constitucional, por medio de los votos números 3705-1993 y 6324-2003, ha expuesto que el paisaje es un recurso integrante del derecho fundamental al ambiente encontrándose por tanto tutelado en los artículos 50 y 89 constitucionales.

A nivel jurisprudencial, el principio de irreductibilidad de ecosistemas relevantes ha sido desarrollado ampliamente por el Tribunal Superior de Casación Penal al interpretar y aplicar el delito de cambio de uso de suelo de terrenos privados cubiertos de bosques, ilícito previsto y sancionado por el numeral 61 en relación con el artículo 19 de la Ley Forestal. También, ha encontrado respaldo en la jurisprudencia constitucional, en especial en materia de Patrimonio Natural de Estado y áreas silvestres protegidas, tal y como se expondrá a continuación.

II.1. Irreductibilidad de los bosques ubicados en terrenos privados.

El Tribunal de Casación Penal mediante los votos números 366-2003, 396-2003, 450-2003 y 964-2007 determinó que el espacio ocupado por bosques ubicados en terrenos privados es irreducible por actos como incendios provocados, talas y construcciones ilegales, etc., existiendo la obligación de su recuperación y restablecimiento cuando ha

¹⁰ De acuerdo con el Decreto Ejecutivo 7210-A del 19 de julio de 1977, los manglares o bosques salados que existen en los litorales continentales o insulares y esteros del territorio nacional, y que forman parte de la zona pública en la Zona Marítimo Terrestre, constituyen reserva forestal, y están sujetos a la Ley Forestal y a todas las disposiciones de ese decreto. Esto implica que las mismas forman parte del régimen del Patrimonio Natural del Estado y que gozan de protección subsidiaria que les otorga la Ley Forestal y la Ley de Conservación de Vida Silvestre, de suma utilidad para todos aquellos casos en que no es posible la aplicación la Ley de Zona Marítimo Terrestre.

¹¹ Para mayor información puede consultarse el artículo de este mismo autor titulado "La tutela jurídica de los ecosistemas de humedal" publicado en Revista Electrónica de Derecho Ambiental "Medio Ambiente & Derecho", Universidad de Sevilla, número 16, setiembre 2007, España, disponible en la siguiente dirección: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/10_humedal.html

habido infracción a la Ley Forestal y otras normas que la complementan, lo anterior en aplicación del inciso c) del artículo 61 de la citada ley que al efecto reza:

“ARTÍCULO 61. Prisión de un mes a tres años. Se impondrá prisión de un mes a tres años a quien:... c) Realice actividades que impliquen cambio en el uso de la tierra, en contra de lo estipulado en el artículo 19 de esta ley.”

Por medio de las sentencias arriba mencionadas, el Tribunal de Casación Penal ha reiterado que el cambio ilícito del uso del suelo del bosque, para dedicarlo a otros fines, es una actividad nociva para el ambiente. Al efecto, ha desarrollado el principio de irreductibilidad del bosque y dispuesto la restitución del área boscosa afectada al estado anterior a los hechos que lo afectaron, para con ello garantizar el derecho constitucional de un ambiente sano y equilibrado.

En los votos 366-2003 y 396-2003, el Tribunal ordenó el desarraigo o eliminación de cultivos y elementos con que fue sustituido el bosque, así como la reforestación de lo destruido, dejando plasmado que el principio de irreductibilidad del bosque establece la necesaria reparación de los daños causados al ambiente, de manera que es obligación del juzgador ordenar que los terrenos de bosque, objeto del delito de cambio de uso, vuelvan a ser bosque.

Por su parte, en la sentencia número 450-2003 el Tribunal estimó procedente ordenar la restitución del área afectada al estado anterior al hecho, con el fin de que el infractor no derive provecho de la ilicitud realizada y a la vez, se logre restaurar el medio ambiente

alterado con su acción a favor de la tutela del interés público ambiental.

En la misma línea jurisprudencial, por medio del voto 964-2007 ese mismo tribunal consideró como una obligación del juzgador ordenar el derribo o destrucción de una serie de obras de infraestructura, lo anterior en aras de mantener el equilibrio de la naturaleza por resultar violatorias de la Ley Forestal.

De los votos antes citados es posible concluir:

- El principio de irreductibilidad del bosque elaborado por el Tribunal de Casación Penal dispone que el espacio ocupado por los bosques y terrenos de aptitud forestal es irreducible por infracción a la Ley Forestal y la normativa conexas.
- La protección el suelo de los bosques no termina o se suspende cuando por actos de seres humanos (incendios provocados, talas ilegales, etc.) o por hechos de la naturaleza (inundaciones, terremotos, incendios, etc.) el bosque viene a menos, en la medida que el espacio por ellos ocupado es irreducible por esas vías.
- Cualquiera que lesione el bosque con tala o incendios con el propósito de cambiar el destino del terreno, o cualquiera que pretenda obtener provecho de desastres naturales que dañen el suelo forestal, debe comprender que no hay forma posible de cambiar el destino del suelo, y que el Estado está obligado a hacer cuanto sea para recuperar el bosque.
- Aceptar que la tutela brindada al bosque por el artículo 19 de la Ley Forestal desaparece por acciones humanas posteriores tendentes a eliminar sus

condiciones originales, sería fomentar una actitud devastadora de estos ecosistemas para burlar la ley, máxime cuando, bajo condiciones apropiadas, es posible su regeneración natural.

- e- El principio de irreductibilidad del bosque implica la necesaria reparación de los daños causados al ambiente, de manera que no hay opción del juzgador para dejar de ordenar que los terrenos de bosque objeto del delito de cambio de uso vuelvan a ser bosque.
- f- A raíz del principio de irreductibilidad deben seguirse tutelando como bosque las áreas que han sido desprovistas ilegalmente de las condiciones que las calificada como tales.
- e- Por medio de las excepciones prevista en los incisos a, b, c y d del numeral 19 de la Ley Forestal, es posible el cambio de uso de suelo en terrenos de bosque o de aptitud forestal, siempre y cuando su corta sea limitada, razonable y proporcional, no exista afectación sensible de los recursos, se resguarden los ecosistemas frágiles, se respete y adapte paisaje, no implique devastación de la cobertura boscosa y se modifique lo menos posible el medio natural.

El desarrollo del principio de irreductibilidad de los bosques por parte del Tribunal de Casación Penal ha encontrado eco por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual en el considerando VIII del voto constitucional 16975-2008 del doce de noviembre del 2008 expuso:

VIII.-Como lo señalara la Procuraduría General de la República, el Tribunal de

Casación Penal ha insistido también en que el cambio ilícito del uso del suelo del bosque, para dedicarlo a otros fines, es una actividad nociva al ambiente; al efecto, ha derivado de las disposiciones existentes el principio de irreductibilidad del bosque y dispuesto la restitución del área de bosque afectada al estado anterior a los hechos, para garantizar el derecho constitucional de un ambiente sano y equilibrado. El Decreto impugnado regula únicamente la actividad o proyectos de ecoturismo en los bosques de la zona marítimo terrestre, demarcados por el MINAE, y omite hacerlo para las demás áreas silvestres protegidas y bosques del Patrimonio Natural del Estado. Con todo, no justifica esta diversidad de trato, que riñe con los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad en materia ambiental. Esta regulación parcial o fragmentaria, que adversa la unidad de gestión, la actividad y proyectos de ecoturismo en los bosques del Patrimonio Natural del Estado quedan sujetos a regulaciones dispares, según se hallen o no en la zona marítimo terrestre. Esto atentaría contra el principio de igualdad, por la disímil normativa aplicable a los interesados en llevarlos a cabo, en razón de la ubicación de los inmuebles. El Decreto, artículos 1°, 2°, 3°, 5° y 7°, en concordancia con el 4° inciso 2, subordina las áreas de bosque de la zona marítimo terrestre en que se realizarán proyectos ecoturísticos implicativos de corta de árboles y aprovechamiento forestal, a una simultánea y divergente planificación, con distintos objetivos, normas y

técnicas regulatorias: los Planes Reguladores y Planes de Manejo. Lo que es contrario a la utilización racional y sostenible de ese recurso (artículo 50 constitucional).

De esta forma, la pérdida de masa forestal y el cambio de uso del suelo, ambos objeto de tutela por parte del principio de irreductibilidad de los bosques, debe evitarse a toda costa en aplicación además de los principios preventivo y precautorio, ambos reconocidos ampliamente por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, otorgándoles incluso rango constitucional:

“La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas.” Voto N° 1250-1999, reiterado en los votos 2219-1999, 9773-2000, 1711-2001, 1645-2002, 6322-2003, 1923-2004 y 3923-2007.

“En caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate”. Votos 2219-1999 y 3923-2007.

II.2. Irreductibilidad de Áreas Silvestres Protegidas

Es posible deducir la existencia del principio de irreductibilidad de las áreas silvestres protegidas derivándolo del artículo 3° de la

Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, así como de la normativa contenida en la Ley Forestal, Ley de Creación de Parques Nacionales y Reservas Biológicas y Ley Indígena, y por supuesto, de los fallos reiterados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La línea jurisprudencial de la Sala Constitucional al respecto ha sido muy consistente al reiterar que únicamente es posible reducir, segregar o excluir la superficie de un área silvestre protegida mediante una ley (principio de reserva de ley) y siempre que medien estudios técnicos y científicos que lo justifique (principio de objetivación de la tutela ambiental). En este sentido, en el voto 7294-1998 por medio del cual se declaró inconstitucional el artículo 71 de la Ley Forestal debido a la reducción de la superficie de la Zona Protectora Tivives, la Sala Constitucional indicó:

“Sin embargo, se debe tener presente que la declaratoria y delimitación de una zona protectora, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50 constitucional, implica una defensa del derecho fundamental al ambiente y, por ello, la reducción de cabida no debe implicar un detrimento de ese derecho, situación que debe establecerse en cada caso concreto. No resulta necesariamente inconstitucional el hecho de que por medio de una ley posterior se reduzca la cabida de una zona protectora, una reserva forestal, un Parque Nacional o cualesquiera otros sitios de interés ambiental, siempre y cuando ello esté justificado en el tanto no implique

vulneración al derecho al ambiente. (...) Así, no toda desafectación de una zona protegida es inconstitucional, en el tanto implique menoscabo al derecho al ambiente o amenaza a éste. De allí que para reducir un área silvestre protegida cualquiera, la Asamblea Legislativa debe hacerlo con base en estudios técnicos suficientes y necesarios para determinar que no se causará daño al ambiente o se le pondrá en peligro y, por ende, que no se vulnera el contenido del artículo 50 constitucional”

Por su parte, mediante el voto constitucional 3480-2003 la misma Sala señaló:

“Nuestro ordenamiento confiere una protección especial a los bienes medioambientales de las áreas silvestres protegidas y para reducir su área exige un acto con rango de ley, sobre la base de estudios técnicos previos que justifiquen la conveniencia de la medida; no por acto reglamentario”.

En el voto número 1056-2009 que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo 34043-MINAE del 11 de setiembre del 2007 que agregó al Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo un área marina que originalmente no formaba parte del mismo, pero que a la vez le segregó áreas terrestres, el Tribunal Constitucional estimó que la exclusión de áreas terrestres del

Refugio equivale a una reducción del áreas silvestre protegida, independientemente de la ampliación de la zona marina, y por tanto, consideró tal exclusión como contraria al artículo 50 de la Constitución y al principio de reserva legal.

Ante una situación similar, aumento del área marina incluyendo unos islotes pero a la vez, exclusión de partes terrestres del Refugio de Vida Silvestre Isla San Lucas a través del Decreto Ejecutivo 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero del 2008, la Sala Constitucional en el voto 13099-2010, reiterando su propia línea jurisprudencial, estimó nuevamente que la exclusión de una parte terrestre del Refugio equivalía a una reducción del mismo, independientemente de la ampliación de la zona marina, siendo dicha exclusión contraria a los artículos 11, 50 y 89 de la Constitución por violación al principio de reserva de ley.¹²

II.3 Irreductibilidad de otros espacios naturales sometidos a régimen especial de protección.

Existen una serie de espacios naturales, tanto públicos como privados, que por su fragilidad, vulnerabilidad y/o importancia ecosistémica están sometidos a regímenes especiales de protección. Dentro de estos espacios, también irreductibles, se encuentran, entre otros: todos aquellos terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado (PNE), anillo de contención del Gran Área Metropolitana (GAM), manglares y reservas indígenas.

¹² “Sin embargo, contrario al caso del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo, en este caso la Sala declaró inconstitucional y anuló únicamente la disposición del decreto que hizo la referida exclusión, dejando vigentes todos los demás artículos que creaban un régimen especial para las áreas excluidas” FERNANDEZ FERNÁNDEZ (Edgar), “La incoherencia del régimen jurídico surgido del voto de la Sala Constitucional para el Refugio de Vida Silvestre San Lucas”, en *Ambientico*, N° 206, noviembre 2010.

Los bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal de las áreas inalienables como la Zona Marítimo Terrestre y las áreas silvestres protegidas estatales; forman parte del Patrimonio Natural del Estado,¹³ lo cual implica un régimen restrictivo de uso donde no es permitida la corta, el aprovechamiento forestal ni el cambio de uso del suelo; y está reservado por el legislador para labores de investigación, capacitación y ecoturismo, según lo disponen los artículos 1, 18 y 58 de la Ley Forestal. Al respecto, la Sala Constitucional mediante el voto 3923-2007 dispuso:

“se distingue entre el patrimonio forestal del Estado y el patrimonio forestal privado. El primero está sometido a un régimen de dominio público y es formado por todos los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a las municipalidades, a las instituciones autónomas y a los demás organismos de la Administración Pública. En este caso, la administración puede conceder permisos de uso únicamente para proyectos que no requieran aprovechamiento forestal y que no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los mantos acuíferos. Por su parte, constituye patrimonio forestal privado, todos aquellos bosques y terrenos de aptitud forestal que pertenezcan a personas físicas o jurídicas particulares (artículos 1°,

32 y 43 de la Ley Forestal). En estas propiedades pueden llevarse a cabo diversas actividades, según se trate de terrenos con bosque, con plantaciones forestales o sean terrenos de uso agropecuario sin bosque”.

Por tratarse el Patrimonio Natural del Estado de terrenos de dominio público o bienes demaniales, gozan de las prerrogativas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, lo que a todas luces implica también su irreductibilidad, con la excepción que ésta sea por ley y cuente con criterios técnicos y científicos que le den sustento.

En el caso del anillo de contención del Gran Área Metropolitana, mediante los decretos ejecutivos 29415 -MP-MIVAH-MINAE del 28 de marzo del 2001, 33757-MP-MIVAH-MINAE del 11 de abril del 2007 y 35748-MP-MINAET-MIVAH del 8 de enero del 2010, el Poder Ejecutivo intentó su ampliación desafectando áreas que formaban parte del mismo permitiendo con ello nuevos usos de suelo, incluyendo su desarrollo inmobiliario. La Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los citados decretos ejecutivos en virtud de la ausencia de estudios técnicos y evaluación de impacto ambiental (EIA), dejando incólume el área original prevista para el anillo de contención, salvo por los derechos adquiridos de buena fe durante la vigencia de los decretos.

Por su parte, y mediante el voto número 16276-2006 la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 70 del Reglamento

¹³ Artículos 13, 14 y 15 de la Ley Forestal, artículo 1° de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, numerales 32 y 38 de la Ley Orgánica del Ambiente y 39 inciso i) de la Ley Forestal; y sentencias de la Sala Constitucional números 5399-1993, 2777-1998, 9158-1998, 2988-1999, 08945-2005, 02063, 016975-2008, entre otras.

para las Actividades de Aviación Agrícola, por medio del cual se redujo la franja de no aplicación aérea de plaguicidas entre el campo a fumigar y las casas, poblados y otros. Entre otras razones, la Sala indicó que la inconstitucionalidad se dio debido a que el artículo impugnado constituyó un menor nivel de protección en relación al artículo 75 del Reglamento anterior violatorio al principio precautorio en la medida que no existió fundamento científico ni técnico que justifique la disminución de la franja.

Por otra parte, a través del voto 18298-2012, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 34303-MP-MIVAH, publicado en la Gaceta número 31 del 13-01-2012, por vulnerar el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a raíz de la exclusión arbitraria y cambio de uso de suelo del 70 % de la zona de reserva creada para fines de protección y esparcimiento recreacional de los habitantes del Distrito de Hatillo, sin estudios técnicos que lo justifiquen.

De lo expuesto hasta el momento es posible afirmar que el principio de irreductibilidad de espacios naturales sometidos a régimen especial de protección no es absoluto, y que por tanto, existen ciertas excepciones que permiten su reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación, y limitación; siempre y cuando éstas se realicen por ley y cuenten con estudios técnicos y científicos que demuestren el no deterioro

o puesta en peligro del espacio natural, existiendo por tanto, un vínculo directo entre los principios irreductibilidad, reserva de ley, objetivación de la tutela ambiental, preventivo, precautorio, reparación in natura, y como se verá a continuación, el de prohibición de retroceso.

III- Principio de no regresión del derecho ambiental.¹⁴

Básicamente, el principio de no regresión o de prohibición de retroceso enuncia que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad. Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica necesariamente una obligación negativa de no hacer, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado.

Como bien lo afirma PRIEUR,¹⁵ por lo novedoso del concepto la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que, tanto en doctrina como en derecho comparado es posible encontrarlo también como: principio de no regresividad, principio de no retrogresión, antidegradation policy, standstill, cláusula de

14 Para mayor información puede consultarse el ensayo académico de este mismo autor denominado "Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", en la Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 3, febrero 2012, Argentina, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/index.php?idioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1>

15 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales, normas pétreas, efecto trinquete anti retorno, entre otros.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente ecológico, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, vedando al Estado el "dar un paso hacia atrás".¹⁶

Debido al carácter finalista del Derecho Ambiental y siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten conlleven un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral.

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en "progreso" o "mejora continua en las condiciones de existencia". Aquí el imperativo manda "hacer", el Estado debe "moverse hacia delante" y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonadas cuando puedan verse afectados otros derechos fundamentales.

De esta forma, mientras que el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo¹⁷ de protección ambiental que debe respetarse, el de progresión busca la evolución sostenida de la normativa ambiental. Por ello, este principio no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Una norma podrá ser catalogada de regresiva cuando su grado de efectividad

16 Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

17 "La idea de "mínimo" pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del "volumen de transferencia" hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar un idea de "mínimo" en lugar de "máximo" a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir" Berros, María Valera, Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino" 2011.

resulte menor al ya alcanzado previamente, en la medida que limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho o le imponga condiciones que con anterioridad no debía sortearse. La nueva norma jurídica no debe ni puede empeorar la situación de la reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud.

Es importante tener presente como lo indica Prieur que “*la regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental*”.¹⁸

También es posible encontrar regresiones por “omisión” que se plasman cuando el Poder Legislativo o bien el Poder Ejecutivo omiten desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales tornando ineficaz dicho derecho. La ineficacia a raíz del incumplimiento en la aplicación del derecho ambiental por sí misma constituye una regresión.

De esta forma y a manera de ejemplos, la reducción territorial o el cambio/rebaja de categoría de manejo de un Área Silvestre Protegida, la introducción de mínimos de tolerancia más elevados o variación de estándares y umbrales ambientales sin sustento técnico-científico que lo justifique, o bien, la omisión al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales,

así como la falta de aplicación sostenida y recurrente de la legislación ambiental, constituyen violaciones al principio de no regresión.

Debe tenerse presente que este principio no es ilimitado ni irrestricto, y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica; encontrándose por tanto íntimamente ligado al principio de objetivación de la tutela ambiental. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principios de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.¹⁹

Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe sustentar la idea de la no regresión ambiental basado en los principios rectores del derecho ambiental plasmados tanto en instrumentos internacionales de declaraciones de principios (*soft law*)²⁰ como en los convenios ambientales vinculantes (*hard law*). Los principios de desarrollo

¹⁸ Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

¹⁹ Al respecto pueden consultarse las sentencias constitucionales: 17126-2006, 06322-2003 y 3266-2012

²⁰ Con la aprobación del documento final denominada “El futuro que queremos” emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20) se reafirmaron los principios aprobados en la Conferencia de Río de 1992, adquiriendo con ello un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando por tanto todo tipo de regresión.

sostenible, prevención y precaución complementan al principio de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica.

También se puede fundamentar su existencia y contenido sustentado en los tratados y convenios internacionales (*hard law*) vigentes y suscritos por Costa Rica,²¹ en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental

Por su parte, el Capítulo 17 del CAFTA-DR²² busca que los países suscriptores logren “*altos niveles de protección ambiental*” estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos – obligando a los Estados Parte a aplicar de manera sostenida y recurrente su propia legislación ambiental, prohibiendo expresamente una rebaja en los umbrales de protección. De esta forma, es posible extraer de las obligaciones derivadas del Capítulo 17 del CAFTA-DR una prohibición manifiesta de regresión de carácter restringida, ya

que la misma se encuentra supeditada a la limitada definición de legislación ambiental y al “*animus*” o intención de incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o a la intención de otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio.

Debe tomarse en cuenta que, tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recogido en instrumentos internacionales, se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, por ello la obligación de progresividad o de avance continuo de los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que permea al derecho ambiental.

Ahora bien, a pesar de que el reconocimiento del principio de no regresión es de muy reciente data, y aún no se encuentra plasmado de forma clara y expresa a nivel de la legislación interna, es posible plasmar su existencia y reconocimiento mediante una interpretación sistemática, material y evolutiva de la normativa contenida dentro de la Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Biodiversidad, Ley de Conservación de Vida Silvestre, Ley de Uso Manejo y Conservación de Suelos así como de otras normativas ambientales de igual rango e incluso inferior,

²¹ Costa Rica ha suscrito un elenco altísimo de convenios ambientales donde destacan el Convenio Diversidad Biológica, Convenio Marco de Cambio Climático, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre, Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, y a nivel regional: Convenio sobre Cambios Climáticos, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Protegidas en América Central, Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizos de Desechos Peligrosos, Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales.

²² Ratificado por Ley N° 8622 del 21 de noviembre de 2007.

derivándolo de los principios rectores del derecho ambiental, así como del carácter finalista, de la prohibición de reducción de áreas silvestres protegidas y por supuesto, de la obligación de protección de los espacios naturales y ecosistemas relevantes.

A nivel jurisprudencial, la Sala Constitucional ha venido reconociendo la gradualidad, progresividad y eventualmente, el sostenimiento de los derechos humanos, la cual a todas luces, impide todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica y científica suficiente.²³

A raíz de los privilegios constitucionales de rigidez, intangibilidad y reserva de ley resultaría imposible e impensable la derogación o modificación regresiva del contenido del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el numeral 50 de la Constitución Política, sin embargo sí es factible que se susciten regresiones a dicho derecho fundamental a raíz de omisiones al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales que tornen ineficaz dicho derecho.²⁴

La obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho contenida en la Constitución Política es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección teniendo como norte lograr su mayor

eficacia, exigencias que por ende se oponen a cualquier idea de regresión.²⁵

Vale resaltar que, fundamentado tanto en el artículo 50 constitucional, como en el principio precautorio (parámetro y condicionante de constitucionalidad) la Sala Constitucional mediante un primer precedente jurisprudencial, reconoció el carácter progresivo del derecho fundamental al ambiente y su consecuente no regresividad, al resolver una consulta de constitucionalidad respecto al proyecto de modificación de la Ley de Concesiones y Operación de Marinas Turísticas.²⁶

IV- Análisis comparativo

Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de ecosistemas relevantes y no regresión son autónomos e independientes, presentando cada uno de ellos su propia naturaleza, contenido, alcances, fundamentos, limitaciones y restricciones. Sin embargo, poseen y comparten áreas de confluencia o zonas comunes, que hacen posible su interdependencia e incluso su coexistencia.

Los tres principios objeto de este estudio poseen un carácter finalista, buscan satisfacer el interés público mediante la protección del medio ambiente, y encuentran sustento jurídico tanto a nivel de la Constitución Política, del derecho internacional (soft y hard law), de la normativa de carácter legal y

23 Al respecto pueden consultarse los votos constitucionales: 3825-2001, 1378-2007, 11515-2002, 2443-2003, 11882-2004, 10553-2009, 13641-2011, 14467-2010, 6329-2011 y 1985-2011.

24 Puede consultarse los votos constitucionales: 1109-2006, 0878-2000, 2771-2003, 8065-2009, 11696-2008.

25 Ver resoluciones de la Sala Constitucional: 644-1999.

26 Voto constitucional 18702-2010.

reglamentaria, así como de la jurisprudencia constitucional, contenciosa administrativa y penal.

Los principios de objetivación y no regresión sobrepasan al derecho ambiental, siendo posible encontrarlos, en el primer caso impregnando el entero ordenamiento jurídico por medio del criterio de razonabilidad, y en el segundo relacionado no sólo a normas jurídicas, sino también a políticas y jurisprudencia, puede hallarse incluso en todos aquellos derechos denominados prestaciones. Por su parte, el principio de irreductibilidad es más restringido que los dos anteriores, encontrándose limitado y supeditado únicamente a espacios naturales y ecosistemas jurídicamente relevantes.

La objetivación del principio constitucional de razonabilidad permea al entero ordenamiento jurídico, a lo cual no escapa el derecho ambiental y sus principios rectores de prevención, precaución, contaminador-pagador, reparación in natura, y por supuesto, de irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y prohibición de retroceso.

De esta forma, toda actuación en materia ambiental, así como toda normativa, no pueden desvincularse, bajo ninguna circunstancia, de este principio sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por violación al criterio de razonabilidad, o bien, de ilegalidad por infringir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

Por ello, el principio de objetivación de la tutela ambiental actúa como una especie de requisito sine qua non de ciertas regresión ambientales, en la medida que podría catalogarse de regresivas todas aquellas

políticas, normas o jurisprudencia que no se fundamenten ni sustenten en las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, y que además tengan como consecuencia el deterioro o puesta en peligro del medio ambiente. De esta forma el principio de objetivación actuaría como un condicionante del principio de no regresión, el cual no es ilimitado ni irrestricto, y se encuentra limitado además por el deber estatal de garantizar, defender y preservar el ambiente; por los principio de desarrollo sostenible y uso racional; precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.

En virtud de la existencia de cierto tipos o clases de regresiones no vinculadas al principio de objetivación, tales como la omisión al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales, así como la falta de aplicación sostenida y recurrente de la legislación ambiental, se concluye que no necesariamente toda violación al principio de no regresión implica, a la vez, violación al principio de objetivación de la tutela ambiental, pero si existen algunos tipos de regresiones (las más comunes) que concomitantemente vulneran el principio de objetivación.

De igual forma, no toda vulneración al principio de objetivación conlleva violación al principio de prohibición de retroceso, debido a que sería posible que se diera el supuesto, a título de ejemplo, donde por medio una norma jurídica se aumenten los niveles o estándares de protección ambiental haciéndolos más estrictos, pero que estos no se ajusten a los criterios de la ciencia y la técnica. En esta situación, se violentaría y vulneraría el principio de objetivación de la razonabilidad, pero no así el de prohibición

de retroceso, en la medida que no tendría como consecuencia el deterioro o puesta en peligro del bien jurídico tutelado ambiente.

El principio de objetivación de la tutela ambiental también actúa como excepción al principio de irreductibilidad de ecosistemas relevantes. De esta forma, sólo es posible el cambio de uso de suelo en bosque o terrenos con aptitud forestal ubicados en terrenos privados, en los supuestos previstos en los incisos a, b, c y d del numeral 19 de la Ley Forestal, y siempre y cuando su corta sea limitada, razonable y proporcional, no exista afectación sensible de los recursos, se resguarden los ecosistemas frágiles, se respete y adapte el paisaje, no implique devastación de la cobertura boscosa ni se modifique de manera negativa ni grave el medio natural.

Tratándose de los demás espacios naturales sometidos a régimen especial de protección y cobijados por el principio de irreductibilidad, existen ciertas excepciones que permiten su reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación, y limitación; siempre y cuando éstas se realicen por ley y cuenten con estudios técnicos y científicos que demuestren su no deterioro o no puesta en peligro. De lo anteriormente expuesto se deduce la existencia de un vínculo directo o conexidad entre los principios irreductibilidad y objetivación de la tutela ambiental, a los cuales debe agregárseles además, los principios de reserva de ley, preventivo, precautorio, reparación in natura y prohibición de retroceso.

Si bien existe conexidad entre los principios de objetivación e irreductibilidad, no toda violación que sufra el primero de ellos implicaría per se vulneración del segundo,

ya que podría darse el supuesto donde se modifiquen estándares o umbrales de contaminación sin sujeción a las reglas de la ciencia y la técnica, y por tanto se quiebre el criterio de razonabilidad, sin que esto implique impacto alguna de las áreas físicas donde se asientan espacios naturales sometidos a régimen especial de protección, y que por tanto, se esté frente a una violación al principio de objetivación, pero no así al de irreductibilidad.

A contrario sensu, al ser los estudios técnicos y científicos un condicionante que permite, bajo ciertas circunstancias, la reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación, y limitación de espacios naturales relevantes, podríamos concluir que siempre que ocurra una violación al principio de irreductibilidad por la ausencia de dichos estudios, a la vez se estaría vulnerando las reglas de la razonabilidad, ciencia y técnica, y por tanto, del principio de objetivación.

Por su parte, también sería posible afirmar que toda violación al principio de irreductibilidad de ecosistemas frágiles, además de vulnerar el principio de objetivación como se acaba de mencionar, implica a la vez una regresión ambiental, ya que se estaría disminuyendo el nivel actual de protección en menoscabo de las presentes y futuras generaciones, pero no toda violación al principio de regresión conlleva rompimiento del principio de irreductibilidad, ya que este último se encuentra únicamente supeditado a la reducción territorial de espacios naturales relevantes, mientras que el principio de prohibición de retroceso es más amplio y no sólo incluye regresiones en espacios naturales, sino que también en todo tipo de políticas, normas e incluso en la jurisprudencia ambiental.

Bibliografía

Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

Berros, María Valera, Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino” 2011.

Fernández Fernández, Edgar, La incoherencia del régimen jurídico surgido del voto de la Sala Constitucional para el Refugio de Vida Silvestre San Lucas, en *Ambientico*, N° 206, noviembre 2010.

Peña Chacón, Mario, La tutela jurídica de los ecosistemas de humedal, publicado en

Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 16, setiembre 2007, España, disponible en la siguiente dirección: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/10_humedal.html

Peña Chacón, Mario, Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, en la Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 3, febrero 2012, Argentina, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1>

Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

**Prof. Alonso Salazar.
Universidad de Costa Rica**

1- Generalidades

Antes del año 1989, nuestro país carecía de una instancia específica que ejerciera un control de constitucionalidad, no queremos decir que esta labor fuere inexistente, ya que todos los asuntos constitucionales los resolvía la Corte Plena. Dicho órgano conformado en aquél momento por diecisiete magistrados, se encargaba de resolver los Hábeas Corpus y los asuntos que hacían referencia a la inconstitucionalidad de las leyes, mientras tanto la Sala Primera se pronunciaba sobre los recursos amparo.

Por medio de la Ley 7128 del 18 de agosto de 1989, nace la Sala IV, como resultado de una reforma constitucional propuesta por la Comisión Interdisciplinaria del Poder Ejecutivo con el fin de crear un órgano que garantizara el respeto a la Constitución, y a los derechos y libertades de los ciudadanos. Luego el 11 de octubre de 1989, entra en vigencia la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual viene a respaldar y delimitar las funciones de esta nueva Sala.

La Sala IV¹, es la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia encargada de velar por el cumplimiento efectivo de las

normas y la protección de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución Política, Tratados y Convenios Internacionales y Derechos Humanos vigentes en nuestro país, por lo tanto su labor principal es ejercer un control constitucional con el fin de proteger garantizar conservar el principio de Supremacía Constitucional, el cual establece que ninguna norma, tratado, reglamento o ley de nuestro ordenamiento jurídico puede ser más importante que la propia Constitución Política. Además, garantiza los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.²

Un dato importante de destacar es que la Sala IV, cuenta con un total de siete Magistrados, a diferencia de las demás Salas que integran la Corte Suprema de Justicia, que cuentan solamente con cinco Magistrados cada una.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional en su artículo primero establece claramente su función al indicar que:

“La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de

¹ Conocida así “vulgarmente” por analogía con respecto a la denominación de las otras tres salas que integran la Corte Suprema de Justicia, pero en realidad su nombre correcto es Sala Constitucional.

² <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/preguntas.htm>

las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

Ante la Sala IV se deben ventilar los siguientes recursos:

- a- Habeas Corpus: este recurso puede ser interpuesto por cualquier persona sin necesidad de utilizar un abogado, el fundamento de este recurso se encuentra en el artículo 48 de la Constitución Política el cual garantiza la libertad e integridad de las personas.
- b- Recurso de Amparo: al igual que el anterior, su fundamento se encuentra en el artículo 48 de la Constitución y su función es mantener o restablecer el goce de todos los demás derechos – excepto el de libertad- que se encuentran consagrados en la Constitución. Al igual que el anterior no se necesita asistencia de un abogado para interponerlo.
- c- Acción de inconstitucionalidad: es el medio por el cual se solicita a la Sala que determine si un acto o una norma contraviene las disposiciones constitucionales o las disposiciones de los Convenios Internacionales debidamente ratificados por Costa Rica. Para su interposición si es necesario la intervención de un abogado.
- d- Consulta Judicial Constitucional: es utilizado por los jueces de nuestro país

para solicitar se les aclare si una norma necesaria para resolver un asunto de su competencia contraviene o no las normas Constitucionales.

- e- Consulta de Constitucionalidad: utilizada por el Presidente de la Asamblea Legislativa, diputados, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de República y Defensor de los habitantes para solicitar se determine si un proyecto de ley es Contrario a las normas constitucionales o internacionales ratificadas por nuestro país.
- f- Conflicto de Competencia: utilizados por todas las entidades públicas para que la Sala determine a cual le corresponde realizar determinada función dispuesta en la Constitución.

En el presente análisis del caso, nos proponemos dejar en evidencia cómo la Corte Suprema de Justicia, mediante Sala IV ejerciendo su función de garante de los derechos constitucionales, establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, ha fortalecido el respeto a la vida humana y el derecho a la integridad psico-física frente a las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

No obstante, no queremos dejar de lado la problemática que se vive en nuestro país; a pesar de la existencia de una Sala especializada en control constitucional, y todos los mecanismos que se pueden accionar para la tutela efectiva de los derechos, los cuales sin lugar a dudas han ayudado a fortalecer el respeto a la vida e integridad física de las personas, se siguen presentando casos de tratos crueles y

degradantes, en el actuar de los cuerpos policiales nacionales y a lo interno de nuestros centros penitenciarios, violatorios de toda disposición que garantice el derecho a la vida e integridad física de los seres humanos.

2- Principios Generales de los Derechos Humanos presentes en la Doctrina de la Sala IV.

Antes de entrar a analizar el caso que nos ocupa, es necesario hacer referencia a los principios generales de los Derechos Humanos, que forman la columna vertebral de la aplicación integral de las disposiciones consagradas tanto en la normativa constitucional nacional, así como en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Costa Rica, principios que a través del tiempo han estado presentes en la jurisprudencia de la Sala como fundamento de sus fallos.

Universalidad: los derechos humanos son aplicables a todas las personas, sin importar su sexo, raza, color, edad, nacionalidad, ideología política o religiosa; nada de esto puede servir como parámetro para determinar el respeto de los derechos humanos de los hombres y las mujeres, incluyendo por su puesto el derecho a la vida y a la integridad física.

“El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacara

inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Todos los Estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los Estados para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta. Algunas normas fundamentales de derechos humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.”³

Como es sabido, los derechos humanos son inalienables, bajo ninguna circunstancia injustificada deben suprimirse, salvo por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad sin un tribunal de Justicia lo ordena como una pena por la comisión de un delito, no obstante el hecho de que se limite la libertad, no da derecho a que se violenten otros derechos fundamentales como a la vida e integridad física, alegando la supresión del primero.

³ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>

- **Interdependencia e indivisibilidad:** absolutamente, todos los derechos humanos sin importar que sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o colectivos, son indivisibles, interrelacionados, e interdependientes unos de otros, lo cual nos lleva a concluir de manera lógica que si uno de ellos avanza facilita el avance de los demás, a contrario sensu, si uno de ellos es violentado o privado, afecta de manera negativa al resto.
- **Igualdad y no discriminación:** Principios fundamentales de los derechos humanos, se encuentran presentes en todos los tratados y constituyen el tema central de algunas convenciones internacionales.
- **Derechos y obligaciones:** Los derechos humanos se pueden imaginar como un círculo en el que convergen tanto derechos como obligaciones. Obligaciones que asumen los Estados de respetar, proteger y convertir en realizables los Derechos Humanos. Desde la perspectiva individual, cada uno de nosotros, tenemos la obligación de respetar los derechos humanos de los demás.
- **Permanencia en el tiempo:** una vez que los derechos humanos han sido reconocidos, su permanencia en el orden público internacional y nacional no puede ser alterada, no pueden ser suprimidos, su continuidad en el tiempo y la inexistencia de un periodo de prescripción, son garantes de que una vez pronunciados y ratificados, deben ser respetados sin ningún tipo de restricción.

- **Progresividad:** las necesidades humanas, -individuales y colectivas- no son estáticas, los factores sociales, culturales, económicos e industriales interactúan con el paso del tiempo por lo que se debe ajustar los medios de regulación de la convivencia social para evitar injusticias y acciones contrarias al contenido protector de los derechos humanos.
- **Responsabilidad:** los Tratados y Convenciones Internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, reiteran y consagran el principio de responsabilidad de los Estados a indemnizar el daño causado como consecuencia de la violación que el mismo Estado realice de las normas en ellos contenidas. Es por ello que los fallos de la Sala, ordenan indemnizar a la persona afectada y cubrir las costas procesales.

Es importante tener claro que todos los seres humanos nacen libres e iguales, y requieren de un ambiente, en el cual, se puedan realizar como tales, con las condiciones necesarias, garantizadas por el Estado, para gozar libremente de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

3- Síntesis del caso

3.1 Antecedentes.

El imputado Melvin Gerardo Calvo Mora, ante la disconformidad de las condiciones en la que fue detenido y las condiciones en las que se encontraba recluido en el centro penitenciario, se manifiesta con sus compañeros, amenaza constantemente a los

oficiales y se queja del trato que le brindan las autoridades del centro penitenciario.

3.2 Origen de los hechos que fundamentan el Hábeas Corpus.

El señor Calvo Mora, interpuso un recurso de Hábeas Corpus⁴ contra dos agentes de seguridad, el Director del Ámbito E y el Director General del Centro de Atención Institucional la Reforma, manifestando que en fecha dieciocho de febrero de dos mil seis, al ser las diecisiete horas con diez minutos, entraron en su celda entre diez y quince oficiales de seguridad, quienes sin razón alguna lo agredieron, causándole heridas en la cabeza y otras artes del cuerpo. Estima que se usó fuerza excesiva por parte de los agentes del Centro⁵, así como gas mostaza que lo hizo perder el conocimiento.

Al día veintidós de febrero del 2006, el privado de libertad presentaba en la piel las siguientes lesiones:

“equimosis rojoazulada en la región tempooccipital izquierda consistente en dos bandas arqueadas que me miran por su concavidad, de 3 X 0,2 cm cada una; excoriación con costra hemática en el dorso nasal, ovalada, de 0,7 X 0,4 cm; equimosis rojoazulada en el pómulo derecho, transversal, de 2 X 0,5 cm; excoriación con costra hemática en la

mejilla derecha, ovalada, de 0,4 X 0,2 cm; dos equimosis rojoazuladas en la región dorsal, acentuada en los bordes, de extremos ovalados, una sobre la región escapular izquierda, oblicua, de 15 X 2 cm y otra en la región dorsal, sobre la novena vértebra dorsal, la cual atraviesa su mitad, de 13 X 2 cm; y excoriación con costra hemática en la cara anterior del tercio medio de la pierna derecha, redondeada, dolorosa, de 2 X 2 cm.” Todo esto según el Dictamen médico legal número 2006-01822, de veintidós de febrero de dos mil seis.

En su defensa los funcionarios alegan que en esa fecha, se efectuó una requisita general en la celda número quince del pabellón A-2, donde se ubicaba el señor Calvo Mora, debido a las constantes amenazas en contra de los funcionarios de su Ámbito. Al infórmale al señor Calvo Mora que le practicarían un cacheo, se llevó la mano a la pretina de su pantaloneta, por lo que se abalanzaron sobre él para inmovilizarlo. Como resultado del forcejeo el señor Calvo Mora sufre heridas, así como un guarda de seguridad. Reconocen el uso de un gas irritante con el único fin de controlar la situación, momento en que el privado de libertad deja caer un objeto punzo cortante hecho con la mitad de una tijera con la punta afilada, que portaba en la pretina de su pantaloneta.

4 Técnicamente, no se trata de un recurso en sentido estricto, pues más que un acto impugnativo, se trata de una acción procesal directa en contra de la actuación de un ente público y/o privado, que coarte de manera arbitraria la libertad ambulatoria y/integridad física de cualquier ciudadano.

5 En una hipocresía de nuestro sistema penitenciario –recordemos que Costa Rica no tiene una ley de Ejecución Penal-, a nuestras cárceles o prisiones, se les denomina Centros de Atención Institucional. Fórmula ambigua, absolutamente polisémica e imprecisa, que pareciera que más que la realidad subyacente y las condiciones en que “almacena” a los individuos en dichos lugares en condiciones infrahumanas, por una suerte de “magia verbal”, con el simple hecho de denotar la cárcel con un nombre rimbombante, ello cambia la realidad intramuros de las condiciones en que se administra la pena privativa de libertad. Es una manifestación del denominado wishful thinking.

Se amparan en el hecho de que el decomiso efectuado demuestra que la situación pudo haber derivado en una agresión en detrimento del personal del Centro. Que toda la situación se debió a la forma violenta en que reaccionó el privado de libertad y por ellos tuvieron que reducirlo a la impotencia utilizando gas mostaza. Afirman que la lesión sufrida por éste no fue intencional, sino necesaria por la seguridad de quienes intervinieron. Por lo tanto solicitan que se desestime el recurso.

3.3 El pronunciamiento de la Sala IV.

La Sala consideró que la requisita y el cacheo obedecieron a las amenazas que había realizado el privado de libertad contra el personal del Centro y que a pesar que la fuerza empleada en el operativo, fue mucha y provocó lesiones compatibles con los hechos descritos, fue totalmente necesaria, debido a la peligrosidad del señor Calvo Mora y la reacción que demostró al conocer del cacheo que se le iba a efectuar. El hecho de que tuviese un arma justifica que se usara la fuerza para evitar un peligro mayor en la vida e integridad física de los agentes del centro.

La Sala concluye que, no se logra demostrar que las autoridades recurridas lesionaran los derechos invocados por el recurrente, por lo que en cuanto a este extremo, el recurs fue desestimado.

Respecto al uso de gas mostaza que acusa el actor y reconocen los recurridos en su

informe, la Sala hace referencia al recurso de habeas corpus número 06-001545-0007-CO, resuelto mediante sentencia 2006-03678, y haciendo referencia a los dictámenes y peritajes utilizados en ese caso, la Sala no tiene claro el uso de gas mostaza en el caso bajo estudio, pero si les resulta totalmente claro, que se empleó gas vesicante⁶, en una actuación policial efectuada por un elevado número de agentes.

La Sala reconoce que el personal de seguridad penitenciario debe garantizar el orden institucional con personas que, a menudo demuestran conductas agresivas y severos problemas convivenciales. Y literalmente indica que:

“No obstante, en cualquier circunstancia, las prácticas de contención no pueden sobrepasar el límite de lo permitido, desde el punto de vista de la dignidad humana. Si para reducir de manera racional a la impotencia a un privado de libertad se aplican gases mostaza u otros tóxicos como el gas CN, resulta obligatorio declarar que tales técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como señala la Sala, en su sentencia 2006-03678, la prohibición de la tortura y los tratamientos crueles y degradantes

⁶ Las sustancias vesicantes, llamadas también agentes vesicantes, son sustancias que pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas y que en contacto con la piel producen irritación y ampollas. Su acción va desde la irritación leve de la piel a la ulceración y fuertes quemaduras, llegando a producir la destrucción de los tejidos. Los ojos son una zona especialmente sensible a ellas. También, en el caso de ser ingeridas o aspiradas, pueden producir un efecto asfixiante por su acción vesicante en la tráquea y los bronquios (las células muertas producidas por esta acción pueden llegar a obstruirlos). Así <http://es.wikipedia.org/wiki/Vesicante>.

es absoluta⁷; se trata de un derecho fundamental sin limitación ni límite alguno: cualquier acto que constituya tortura está vedado por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esta prohibición está contemplada, además, del artículo 40 de la Constitución Política, que prohíbe los “tratamientos crueles o degradantes”. También se prohíbe en numerosas normas internacionales sobre la materia como se verá infra.

La Sala declara con lugar el recurso, por vulneración de la dignidad humana y los derechos fundamentales del amparado a la salud y no ser objeto de tratamientos crueles y degradantes; declara que cualquier utilización del gas mostaza (mostaza azufrada) contra una persona y, en particular, su uso para reducir a impotencia a un privado de libertad es violatorio del Derecho de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos; el uso del gas CN es igualmente violatorio de los derechos y libertades fundamentales. Así mismo ordenó que en forma inmediata se iniciaran los procedimientos administrativos contra los recurridos, a fin de establecer las responsabilidades disciplinarias correspondientes.

4- Análisis de los presupuestos procesales a la luz del caso.

Resulta importante aquí, hacer un breve análisis de si, se cumplieron los presupuestos procesales de validez o eficacia del proceso para ventilar el recurso en mención.

4.1 Competencia de la Sala.

Tal y como lo mencionamos al inicio de éste análisis, la Ley de Jurisdicción Constitucional, establece la normativa que rige el funcionamiento de la Sala encargada de garantizar el control constitucional de nuestro país. Dicha ley en su título tercero dedica todo el capítulo a la regulación del recurso de Habeas Corpus, y para nuestros efectos, basta con indicar que en su artículo diecisiete indica que el recurso se interpone ante la Sala Constitucional y la tramitación está a cargo del Presidente o del Magistrado Instructor.

Es válido preguntar, si en líneas anteriores se mencionó que el recurso de Hábeas Corpus, solo se puede utilizar para recurrir por motivo de violación a la libertad de las personas, por qué en este caso, lo que se alega es violencia excesiva con la consecuente violación del derecho a la integridad física y la vulneración de la garantía de no ser

⁷ La Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) coordina las actividades de la red SOS-Tortura, que constituye la mayor coalición del mundo de organizaciones no gubernamentales de lucha contra la tortura y los malos tratos, la detención arbitraria, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras violaciones graves de derechos humanos. La creciente red global de la OMCT comprende actualmente 282 organizaciones locales, nacionales y regionales en 92 países extendiéndose a todas las regiones del mundo. Un aspecto importante del mandato de la OMCT consiste en responder a las necesidades de promoción y defensa y de creación de capacidad de los miembros de su red, incluyendo la necesidad de desarrollar estrategias efectivas de litigación internacional a fin de asistir a las víctimas de tortura y de malos tratos a acceder a recursos legales cuando ninguno está disponible a nivel interno, así como de darles apoyo en su lucha por acabar con la impunidad en Estados donde la tortura y los malos tratos son endémicos o representan prácticas toleradas. Así Martín/Pinzón, op. cit.

víctima de tratos crueles e inhumanos. Sin embargo la respuesta a esto la encontramos en el artículo dieciséis de la Ley Jurisdicción Constitucional, el cual indica que *“Cuando en el hábeas corpus se alegaren otras violaciones que tengan relación con la libertad personal, en cualquiera de sus formas, y los hechos fueren conexos con el acto atribuido como ilegítimo, por constituir su causa o finalidad, en esta vía se resolverá también sobre esas violaciones.”* Así mismo nuestra Constitución Política en su artículo cuarenta y ocho, establece claramente que toda persona tiene derecho al recurso de Hábeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personal.

Es por ello que, de acuerdo con lo anterior, no cabe duda que la Sala IV, es el órgano competente para conocer del recurso de Hábeas Corpus interpuesto por el señor Calvo Mora al haber sido víctima de violación de su derecho a la integridad física, y no el irrespeto a su derecho no ser víctima de tratos crueles y degradantes por parte de las autoridades del centro penitenciario donde se encontraba recluso.

4.2 Capacidad y legitimación de las partes.

Consagrado en la ley, se establece que cualquier persona puede interponer un recurso de hábeas corpus, ya sea en beneficio propio o para otro, por lo tanto el señor Calvo Mora, se encontraba totalmente legitimado para interponer el recurso de Hábeas Corpus en beneficio propio.

La parte que recurrente en el caso bajo estudio, es una persona mayor de edad con pleno y total goce de sus facultades mentales, que tiene derecho de acudir a las instancias pertinentes para invocar la

protección de sus derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, por lo tanto la parte está completamente facultado y tiene la capacidad, física y jurídica necesaria para interponer el recurso de Hábeas Corpus, de la manera y en el momento en que lo hizo.

5- Parámetros utilizados para el control de constitucionalidad.

5.1- Normativa impugnada y aplicable al caso.

El recurrente afirma que los actos realizados por agentes del centro penitenciario, transgredieron su derecho a la integridad física, y violaron su garantía de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos.

La normativa aplicable al caso que nos ocupa es la siguiente:

a- Constitución Política, artículos cuarenta y cuarenta y ocho.

“ARTÍCULO 40.- Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula”

“ARTÍCULO 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos

recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.”

b- Ley de la Jurisdicción Constitucional artículos primero, quince.

“ARTICULO 1. La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.”

“ARTICULO 15. Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos y omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio”.

c- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo cinco.

“Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de

libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Además de contrario a la dignidad, el uso de esos gases contra los privados de libertad constituye tortura y un tratamiento cruel y degradante”

d- La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, artículos dos y cinco.

“Artículo 2: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

e- Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo cinco, reforzada por la Declaración de Teherán de trece de mayo de mil novecientos sesenta y ocho.

“Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

f- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos siete y diez.

“Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

“Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

g- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre artículos I y XXV

“Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.”

“Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.”

h- Convención Americana sobre Derechos Humanos artículos cinco y siete.

“Artículo 5 Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se

respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4...

5...

6...

i- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

j- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

k- Declaración Sobre la Protección de todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

j- Código de Conducta Para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve.

No cabe duda que, el derecho a la vida y a la integridad física y el derecho de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos como la tortura, está protegida en gran cantidad de Convenciones y Tratos Internacionales, que nuestro país, oportunamente, ha ratificado y ha adoptado como suyas las normas que ahí se establecen, esto, siguiendo las bases fundamentales de un Estado de Derecho, libre e independiente, garante de los Derechos Fundamentales de los seres humanos.

Todas las normas señaladas, tienen como fin último garantizar la protección de los derechos que, en el caso bajo análisis, el recurrente alega le fueron irrespetadas, sin embargo, a pesar que la Sala, desestima parte del recurso interpuesto, por considerar que el uso de la fuerza, aunque excesivo por parte de las autoridades, sí se encuentra justificado por factores como la peligrosidad del sujeto, y el eventual peligro que podía correr la integridad física de los agentes de seguridad, no obstante no opinan lo mismo con la utilización del gas para reducir a la impotencia al privado de libertad, situación que ya había sido tratada en fallos anteriores y declarada como violatoria del derecho a la vida e integridad física, así como contraria al derecho de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos.

5.2- Jurisprudencia de la Sala IV, relativa al derecho a la vida e integridad física.

Prohibición de tratos crueles y degradantes.

Muchos han sido los casos denunciados ante la Sala IV, con el fin de buscar un auxilio, respecto a lo que considera el recurrente, una violación a sus derechos fundamentales, consagrados constitucionalmente, y en Tratados y Convenios Internacionales, ratificados por nuestro país.

Aunque muchos son rechazados, pues de los hechos probados, se justifica y permite hasta cierto punto el uso de la fuerza para tratar con personas que son de alta peligrosidad, y que se encuentran reclusas en centros penitenciarios, que de por sí, ya son lugares conflictivos, ya que ahí se suprime, justificadamente, -esperaríamos que en todos los casos- la libertad, como pena por la comisión de un determinado delito.

No obstante la Sala IV, cumple su función y tutela y protege los Derechos Fundamentales de todas las personas, es por ello que en reiterados Hábeas Corpus y Recursos de Amparo, le ha dado la razón a quienes han sido víctimas de tratos crueles y degradantes, a quienes han visto su derecho a la vida y la integridad física mancillado por las autoridades policiales, que haciendo uso excesivo de la violencia, violan los derechos fundamentales de los seres humanos.

Es así como en los votos, 01024-11, 09788-10, 05448-09, 04584-07, 00777-06, 18065-05, 04865-06, 15675-05 entre otros, la Sala ha fallado a favor del recurrente, por considerar que han sido violados los derechos fundamentales a la vida e integridad física, consagrados tanto constitucionalmente como en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

El caso en cuestión la Sala hace referencia a la sentencia 2006-03678, dictada en el proceso 06-001545-0007-CO; en dicho expediente, la Sala ordenó al Director del Organismo de Investigación Judicial que procediera al decomiso de los instrumentos para la aplicación de gas irritante (gas mostaza) utilizados por los oficiales de seguridad en el ámbito E del Centro de Atención Institucional La Reforma, y los remitiera a la Medicatura Forense para su análisis correspondiente. A folio 67 del referido expediente, consta el dictamen médico legal respecto de los objetos decomisados, con el siguiente resultado:

“El Dr. Pablo David Navarro Villalobos rinde dictamen médico legal, en el cual indica que el gas mostaza es un tipo de agente químico utilizado en su mayor uso como arma de

guerra; esta clase de agentes son llamados vesicantes, porque con el contacto causan ampollas en la piel y las membranas mucosas; tiene a veces olor parecido al ajo, cebolla o mostaza y ciertos casos no tiene olor; puede causar quemaduras y ampollas en la piel, especialmente en áreas donde la glándulas sudoríparas se encuentran en mayor número; la exposición provoca enrojecimiento de la piel con aparición de ampollas e inflamación, es más dañina para la piel en días húmedos y calurosos o en climas tropicales; causa ardor de ojos, hinchazón de párpados y algunos hombres expuestos en guerras han experimentado disminución del número de espermatozoides. Si es inhalado puede causar quemaduras y ampollas en los tejidos pulmonares, causando una serie de síntomas a corto y largo plazo, que provocan invalidez crónica y en el peor de los casos, la muerte. Respirarlo puede causar tos, bronquitis y enfermedad respiratoria crónica. Altas concentraciones o exposición prolongada atacan las córneas de la víctima, dejándola prácticamente ciega, y en gran cantidad puede causar la muerte. Actualmente, se ha calificado como agente cancerígeno. Los síntomas suelen aparecer al cabo de 4 a 24 horas de la exposición. Los efectos de largo plazo incluyen hipersensibilidad, fatiga pulmonar y tos crónica, dolor de pecho, cáncer de boca, garganta, tracto respiratorio y piel. También ha sido relacionado como causante de leucemia y defectos en fetos. Los estudios de personas expuestas a la mostaza de azufre, durante su

producción o en las guerras, así como los estudios en animales, han demostrado que la sustancia puede causar cáncer de las vías respiratorias. El Departamento de Salud y Servicios Humanos y la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer han determinado que es carcinogénica en seres humanos.”

También dentro del mencionado proceso, el dieciséis de marzo de dos mil seis se recibió dictamen criminalístico de la Sección de Química Analítica, según el cual los indicios secuestrados en el Centro de Atención Institucional La Reforma reportan gas CS y gas CN, que: “...son compuestos químicos que en baja concentración y por contacto producen irritación de ojos, nariz, boca, piel y tracto respiratorio. Este tipo de productos son los componentes activos de granadas antimanifestaciones y armas de aerosoles para defensa personal; el rango de concentración de exposición segura es amplio; el gas CN es uno de los lacrimógenos más tóxicos y el gas CS es un lacrimógeno diez veces más potente que el CN, pero es menos tóxico; desde 1998 el Ministerio de Seguridad Pública inició el retiro de circulación de los productos con gas CN de las delegaciones y los productos con gas CS son empleados para el control de disturbios civiles. Ninguno de los dos compuestos químicos detectados en los indicios reciben el nombre genérico ni común de gas mostaza.”

6- Los efectos jurídicos de éste fallo de la Sala IV.

La consecuencia natural de este fallo, es sentar precedentes de respeto por la dignidad humana, el valor de fallos tan significativos

es innegable y sirve de antecedente para futuros casos en los que la violación de derechos fundamentales sea el tema central.

Ordenar al Estado a indemnizar al recurrente, y obligar a los directivos del centro penal a establecer las medidas necesarias para evitar que este tipo de casos se repita, así como solicitar que se realicen capacitaciones de los funcionarios para fomentar la educación orientada al respeto de los derechos humanos, es sin duda alguna, un precedente que marca un antes y un después en el respeto de las normas nacionales e internacionales sobre los Derechos Humanos, en cuanto al trato de personas que descuentan penas privativas de libertad y la sociedad en general.

7- Conclusión:

Derecho a no ser víctima de tratos crueles y degradantes. La tortura, y el respeto a la vida e integridad física de los privados de libertad en Costa Rica, una realidad garantizada o en vías de garantizarse?

A pesar de conocer la gran labor que realiza nuestra Sala Constitucional como garante de los Derechos Humanos, es un equívoco pensar que en nuestro país, al igual que en el mundo entero, no se presenten casos de tortura, tratos crueles y degradantes, así como violación a la vida e integridad física, contra las personas recluidas en los centros penitenciarios o causado por los cuerpos policiales en su actuar diario.

En una entrevista del Diario La Nación realizada al Magistrado Gilbert Armijo, miembro titular de la Sala IV, acepta que este caso que hemos analizado en este trabajo, no

fue el primer recurso que se presentó sobre el uso de gas mostaza. Hubo anteriormente ocho o nueve recursos que acusaban el uso de este gas, sin embargo no se logró probar fehacientemente y fueron rechazados, en este caso los mismos agentes del centro recurridos, aceptaron haber utilizado el gas para llevar al privado de libertad a la impotencia. Sobre el mismo tema fue consultado quien era en ese momento el Jefe de la Fuerza Pública, Erick Lacayo, quien confirmó que la fuerza pública no utiliza el gas mostaza porque está prohibido, y explica que era un agente químico que se utilizó en guerra de Vietnam y fue prohibido después de esta guerra. Agregó que en Costa Rica la Ley de Policía prohíbe su uso y acepta el uso de gas lacrimógeno solo en casos justificados.

No obstante estos son los casos conocidos, pero para nadie es un secreto que dentro de nuestros centros penitenciarios es muy común el uso excesivo de la fuerza, e inclusive se han presentado casos de muerte de un recluso a manos de los oficiales y se pone en tela de duda que tal medida extrema, fuese necesaria. Tal es el caso reciente de la muerte de Joehl Araya, reo de gran peligrosidad, que según especulaciones puede haber sido asesinado por parte de los agentes del centro penitenciario como venganza por haber fallecido un compañero de ellos durante un intento de fuga comandado por aquel [al menos eso es lo que se especula por la prensa - hay que aclarar que el caso aun no ha sido juzgado -, pero los oficiales involucrados se encuentran en prisión preventiva]. Es así como los medios de comunicación divulgaron la noticia:

“El Organismo de Investigación Judicial confirmó la versión que

Noticias Monumental informó horas después de la muerte del líder de la fuga de La Reforma, Joel Araya, de que murió víctima de una fuerte golpiza. La autopsia reveló que Araya fue asesinado entre 15 y 8 horas antes de que su cuerpo fuera trasladado a Medicatura Forense, diez días después del intento de fuga donde murieron dos reos y un custodio policial. Según el director de la policía judicial, Araya falleció producto de un fuerte golpe en la cabeza que le provocó un aneurisma. El director del OIJ, Jorge Rojas, dijo que están analizando cada uno de los integrantes de la policía penitenciaria que laboraron el día de la muerte. Pese a que la autopsia confirma que se trató de un asesinato, no está claro aún si lo mataron para que no revelara quién ayudó en la fuga o si por venganza de la muerte de un custodio. La mandataria Laura Chinchilla fue la primera en confirmar que el Organismo de Investigación Judicial, tenía la autopsia de Joel Araya, que reveló la muerte por golpiza en el centro penitenciario. Chinchilla pidió a las autoridades de Justicia que colaboraran con las pesquisas del caso para acelerar la investigación que determine responsables de los hechos en la Reforma. La mandataria manifestó que no todo en el centro penitenciario ha sido negativo, pues la investigación avanza a buen paso y espera resultados para sancionar a los responsables de la muerte de Joel Araya. Joel Araya falleció 10 días después del intento de fuga en su celda de máxima seguridad⁸.

Por su parte el medio de comunicación ADN público en su página web:

“Los diputados de la Comisión de Seguridad y Derechos Humanos lamentaron esta mañana la muerte de Joel Araya y solicitaron una investigación exhaustiva para sancionar a los responsables. La diputada del PAC, Carmen Muñoz calificó como graves los hechos y dijo que se confirman denuncias y sospechas de hace muchos años sobre torturas y agresiones en prisión. El congresista liberacionista, Oscar Alfaro, solicitó una investigación extensa sobre el caso y pidió que se garanticen los derechos de los privados de libertad. Los diputados presumen que la muerte de Araya se dio para cubrir a los policías que ayudaron en la fuga del pasado 11 de mayo en el centro penitenciario. La comisión legislativa de Derechos Humanos pidió semanas atrás un informe detallado al Ministro de Justicia sobre el estado de las cárceles y visitará La Reforma la próxima semana.”⁹

Adicionalmente a lo expuesto, se realizó una crítica en el sentido que Joel Araya y otros reclusos habían realizado denuncias por el maltrato y tratos crueles que sufrían por parte de los agentes del centro penitenciario.

Éste es solo un caso, quizás el más relevante de los últimos años, pero no el único caso polémico en que se cuestiona a la policía penitenciaria, por la comisión de un homicidio de un privado de libertad. No obstante esta situación, aunado a las condiciones de hacinamiento en que se

encuentran actualmente nuestras cárceles debido a la sobre población penitenciaria, como consecuencia de una pésima, y por qué no, casi nula, aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, nos permiten arribar a la conclusión de que en nuestro país, a pesar de existir un ente estatal, encargado del control constitucional, garante de los Derechos Fundamentales, consagrados en Convenciones y Tratados Internacionales que han debidamente ratificados por nuestro país, estamos muy lejos de erradicar por completo el irrespeto y la violación de los Derechos Humanos, que tanto profesamos proteger.

Bibliografía

Libros consultados.

OLMOS GIUPPONI, Ma. Belén y ULATE CHACÓN, Enrique. *La influencia del derecho comunitario Europeo en la jurisprudencia de la Corte centroamericana de justicia. En: Dialogo Judicial y Gobernanza Global. Colección, 2012, 150 p. (ISBN 978-84-15454-02-1)*

SALA CONSTITUCIONAL. *20 años de Justicia Constitucional (1989-2009), Uned, San José, 2009.*

Sitios Web

Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos Washington D.C. Web en línea <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>, consultado el 7-04-2012.

Ministerio Público de Costa Rica. Web en línea <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/coopintern/instinter/09%20Tortura,%20penas%20y%20otros%20Tratos,%20cruelles%20%20inhumanos%20y%20degradantes.html>, consultado el 8-04-2012.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Web en línea <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/registro-votacion/votacion/2008/12-11-08.htm>, consultado el 8-04-2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Web en línea <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/preguntas.htm>, consultado el 8-04-2012.

Radio Monumental, Web en línea <http://www.monumental.co.cr/noticia/oij-confirma-que-joel-araya-fue-asesinado-golpes-en-su-celda>. consultado el 8-04-2012, consultado el 8-04-2012.

Radio AND, Web en línea <http://www.adn.fm/Nacionales/tabid/4098/language/en-US/Default.aspx>, consultado el 8-04-2012.

Oficina del alto comisionado para los derechos humanos. Web en línea <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, consultado el 8-04-2012.

<http://es.wikipedia.org/wiki/Vesicante>

Martin, Claudia/ Rodríguez-Pinzón, Diego. La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano. Serie de Manuales de la OMCT Vol. 2. En http://www.omct.org/files/2006/11/3977/handbook2_full_esp.pdf.

⁸ <http://www.monumental.co.cr/noticia/oij-confirma-que-joel-araya-fue-asesinado-golpes-en-su-celda>.

⁹ <http://www.adn.fm/Nacionales/tabid/4098/language/en-US/Default.aspx>

LA ECHAZÓN (TIPO DE AVERÍA GRUESA)

Licda.: Shirley Durán Alpizar

SUMARIO

I. Introducción.

Concepto

1.1 Avería Gruesa

1.2 Echazón

2- Fundamento

3- Historia

3.1 Leyes Rodias

3.2 Digesto Justiniano

3.3 Roles de Olerón

3.4 Consulado del Mar

3.5 Código Hanseático

3.6 Las Leyes de Wisby

3.7 El Guidon de la Mer

3.8 La Ordenanza Marítima de Agosto de 1681

3.9 Siglo XVIII

4- Elementos constitutivos de la Avería Gruesa

4.1 Peligro

4.2 Acto Voluntario

4.3 Sacrificio

4.4 Interés Común

4.5 Resultado útil

4.6 El carácter excepcional o extraordinario del acto

4.7 El carácter razonable del acto

5- Gastos Comprendidos

6- Contribución a la Avería

6.1 Declaratoria de Avería Gruesa

6.2 Procedimiento de liquidación

6.3 Distribución de la Avería

7- Regulaciones

7.1 Reglas de York-Amberes

7.2 Código de Comercio de 1853. Ley número 104 del 6 de junio de 1853.

Conclusión

Bibliografía

LA ECHAZÓN (TIPO DE AVERÍA GRUESA)

Licda.: Shirley Durán Alpizar

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo principal hacer un estudio de un antiguo instituto del derecho marítimo, sea la Echazón, la cual forma parte de los casos de avería gruesa.

Para este estudio se iniciará con un análisis conceptual de la Avería Gruesa, conocer el fundamento de ésta cuyo origen resulta por demás interesante, al no estar basado en un contrato entre las partes, sino estar generado en el principio de solidaridad existente entre los participantes de un viaje marítimo.

Al tratarse la investigación de instituciones del derecho marítimo tan antiguas, se buscaran sus orígenes en las costumbres de los Rodios en la antigua Grecia, pasando a su codificación por parte de los Romanos en el Digesto de Justiniano, así como su adopción y aplicación en diversos puertos del mediterráneo en Francia y España, y del mar del norte en Suecia y Dinamarca, finalizando con su actual regulación internacional por medio de las Reglas de York y Amberes.

Se estudiarán los elementos necesarios para configurarse la figura de la Avería Gruesa, tales como: el peligro, el acto voluntario y razonable del capitán, el sacrificio del acto, la realización en pro del interés, la necesidad de un resultado útil de la medida, el carácter excepcional o extraordinario del acto.

Se verá brevemente el procedimiento para la contribución de la avería en sus fases principales de declaratoria, liquidación y distribución. Finalmente se analizarán los puntos anteriormente desarrollados a la luz de la normativa aplicable, tales como las Reglas de York y Amberes como de la legislación nacional.

1- Concepto

A fin de delimitar el tema de estudio es medular informar al lector que los términos a utilizar son propios del Derecho Marítimo, y que por esta razón, se revisará primeramente el significado y alcances de la denominada avería gruesa y posteriormente, de manera más específica a uno de sus tipos, sea la denominada Echazón.

De manera introductoria, el Código de Comercio, Ley número 104 del 6 de junio de 1853, en su artículo 870 indica que en la acepción legal del término, se entendería por avería: "1) *Todo gasto extraordinario y eventual que sobreviene durante el viaje de la nave para la conservación de ésta, de su cargamento o de ambas cosas juntamente;* 2) *Los daños que sufre la embarcación desde que se haga a la vela en el puerto de su expedición, hasta que quede anclada en el de su destino; y los que reciba su cargamento"*

1.1 Avería Gruesa

En el derecho marítimo, a diferencia del lenguaje común, el término *avería* se aplica más allá de la acepción común de daño, entendiéndose de manera más amplia e incluyendo dentro del significado de la palabra no solo los daños materiales, sino también los gastos extraordinarios ocurridos durante la aventura marítima.

De manera que: *“la palabra avería, en su acepción técnica, no se aplica solamente a los deterioros materiales sufridos por los buques y por los cargamentos, que es lo que dicha palabra expresa en lenguaje vulgar, sino que se aplica también a los gastos extraordinarios ocasionados por los buques o por los cargamentos. En otros términos: hay averías daños y averías gastos”*¹.

Asimismo, la avería puede ser del tipo común o gruesa, o bien particular o simple, diferenciándose básicamente en lo referente a los efectos que cada una genera, siendo que en la avería gruesa o común la pérdida se soporta en común, y en la avería particular la pérdida la soporta quien recibió el daño o produjo el gasto.

Para el presente trabajo, se dará énfasis a la avería gruesa, la cual es definida en doctrina como *“un procedimiento para distribuir*

*los costes de la resolución de un siniestro marítimo entre las partes que se benefician de que el buque y la carga se salven. Se dice que este principio es tan antiguo como la navegación marítima comercial”*².

*García y Adler, citando a Blas Simone, definen las averías gruesas o comunes como: “las pérdidas extraordinarias (daños o gastos) que afectan a la comunidad navegante y que se reparten entre todos los titulares de los bienes que la integran (buque, flete y carga), si fueron realizadas razonable y voluntariamente por el capitán, ante el peligro, para la salvación y seguridad comunes”*³

La Avería Gruesa *“consiste en la causación deliberada de un daño o gasto extraordinario (un sacrificio) por el capitán como medio razonable para superar un peligro real de pérdida del buque y la carga. Se trata de un acto dañoso, pero justificado por tratarse de uno de los actos lícitos y debidos del capitán como jefe de la expedición marítima. Por ello, a pesar de tratarse de un daño, no genera responsabilidad alguna para su autor”*⁴.

El Código de Comercio de nuestro país, Ley número 104 del 6 de junio de 1853, define en su artículo 879 las averías gruesas o comunes, el cual se procede a transcribir: *“Artículo 876.- Averías gruesas o comunes: Averías gruesas o comunes son*

generalmente todos los daños y gastos que se causan deliberadamente para salvar el buque, su cargamento o algunos efectos de un riesgo conocido y efectivo.

Salva la aplicación de esta regla general en los casos que ocurran, se declaran especialmente correspondientes a esta clase de averías:

- 1) Los efectos o dinero que se entreguen por vía de composición para rescatar la nave y su cargamento que hubieren caído en poder de enemigos o de piratas;
- 2) Las cosas que se arrojen al mar para aligerar la nave, ya pertenezcan al cargamento o al buque y su tripulación, y al daño que de esta operación resulte a las que se conserven en la nave;
- 3) Los mástiles que de propósito se rompan e inutilicen;
- 4) Los cables que se corten y las áncoras que se abandonen para salvar el buque en caso de tempestad o de riesgo de enemigos;
- 5) Los gastos de alijo o trasbordo, de una parte del cargamento para aligerar el buque y ponerlo en estado de tomar puerto o rada con el fin de salvarlo de riesgo de mar o de enemigos, y el perjuicio que de ello resulte a los efectos alijados o trasbordados;
- 6) El daño que se cause a algunos efectos del cargamento de resultas de haber hecho de propósito alguna abertura en el buque para desaguarlo y preservarlo de zozobrar;

- 7) Los gastos que se hagan para poner a flote una nave que de propósito se hubiere hecho encallar con objeto de salvarla de los mismos riesgos;
- 8) El daño causado a la nave que fuere necesario abrir, romper o agujerear de propósito para extraer y salvar los efectos de su cargamento;
- 9) La curación de los individuos de la tripulación que hayan sido heridos o estropeados defendiendo la nave, y los alimentos de éstos mientras estén dolientes por estas causas;
- 10) Los salarios que devengue cualquier individuo de la tripulación que estuviere detenido en rehenes por enemigos o piratas, y los gastos necesarios que cause en su prisión hasta restituirse al buque o a su domicilio, si no pudiere incorporarse en él;
- 11) El salario y sustento de la tripulación del buque, cuyo fletamento estuviere ajustado por meses durante el tiempo que permaneciere embargado o detenido por orden o fuerza insuperable, o para reparar los daños a que deliberadamente se hubiere expuesto para provecho común de todos los interesados;
- 12) El menoscabo que resultare en el valor de los géneros que en una arribada forzosa haya sido necesario vender a precios bajos para reparar el buque del daño recibido por cualquier accidente que pertenezca a la clase de averías gruesas”.

1 Danjon, Daniel. Tratado de Derecho Marítimo, Tomo III, Madrid: Editorial Reus S.A., primera edición, 1934, p. 284.

2 Posición de la International Chamber of Shipping (ICS)- Mayo 2004, informe traducido por ANAVE, Avería Gruesa, en: ANAVE- B.I.A. n°427, junio 2004, tomado de <http://es.scribd.com/doc/33435746/Averia-Gruesa-Definicion>, consultado el 31 de mayo de 2011, 20:00 horas.

3 García Valiñas, María Soledad y Adler, Martín Germán, Derecho de la Navegación “Averías Gruesas”, tomado de: <http://www.legislaw.com.ar/doctri/averiasgruesas.htm>, consultado el 04 de junio de 2011.

4 Ponce Fontana, Lucía. Estudio comparativo de la institución de la Echazón de Mercaderías en la legislación guatemalteca con distintas legislaciones latinoamericanas y en las Reglas de York y Amberes. Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho. Tomado de: <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4128.pdf>. Consulta realizada el 10 de abril de 2011, 17:32 horas.

1.2 Echazón

Habiendo definido la Avería Gruesa, corresponde ahora aproximarnos al término de la Echazón, pues dentro de las denominadas averías gruesas encontramos la llamada Echazón, siendo el tipo más antiguo de avería gruesa citado por los autores; *“Esta figura es una de las más antiguas del Derecho Marítimo y constituye el ejemplo clásico y típico de las averías gruesas o comunes”*⁵, y debe tenerse presente que *“Ésta figura constituye el núcleo en torno al cual se elaboró toda la doctrina de avería gruesa”*⁶.

Esta figura desde la antigüedad se configuraba cuando en una nave para evitar un naufragio o un mal grave para la aventura marítima, se decidía arrojar voluntariamente al mar parte de la carga, siendo la elección menos gravosa para evitar un mal mayor.

Lucía Ponce⁷, citando a Antonio Brunetti, indica que dicho autor establece que: *“se procede a la echazón cuando para hacer a la nave menos sensible al embate de la tempestad, o para desencallar o para sustraerla a la persecución del enemigo, el capitán ordena que sean echadas al mar todas o parte de las mercancías o de los objetos de a bordo.....la echazón se refiere a las cosas, o sea a todo lo que es parte del cargamento o se halla en la nave.”*

De manera que se puede indicar que la echazón es un tipo de Avería gruesa que: *“Ocurre cuando el naviero, ante un peligro que amenaza la aventura marítima, lanza la mercadería al mar, a fin de evitar la pérdida total de la nave y su carga. Es un riesgo típico de A.G., pero al enumerarse en forma separada, significa que se cubre aunque la misma no dé lugar a declaración de la A.G., por ej. cuando los bienes echados al mar pertenecen al naviero asegurado; o cuando la nave era innavegable al comenzar el viaje.”*⁸

Por lo anteriormente expuesto es necesario aclarar que mucho del tratamiento doctrinal que se le da al tema del presente escrito, ocurre de manera indistinta, es decir, sin mayor diferencia entre el término de Avería Gruesa y el instituto de la Echazón.

En referencia al tema, el Código de Comercio en su artículo 881, indica que: *“Cuando se haya de arrojar al mar alguna parte del cargamento, se comenzará por las cosas más pesadas y de menos valor; y en las de igual clase serán arrojadas primero las que se hallen en el primer puente, siguiendo el orden que determine el capitán con acuerdo de los oficiales de la nave. Existiendo alguna parte del cargamento sobre el combés de la nave, será ésta lo primero que se arroje al mar”*.

Esta figura está regulada en Regla I de las Reglas de York- Amberes, la cual dicta:

*“Regla I - Echazón de mercancías
Ninguna echazón de carga será bonificada como avería gruesa a menos que tal cargamento sea transportado de acuerdo a las costumbres reconocidas del tráfico.”*

2- Fundamento

La doctrina indica que el fundamento de Avería Gruesa y de la figura de la Echazón se encuentra en la solidaridad existente entre los interesados en el éxito del viaje naval, lo cual es claramente explicado por Garrigues⁹ en el extracto transcrito a continuación: *“La idea que sirve de fundamento a esta disciplina legal deriva sencillamente de la comunidad de intereses creada por la comunidad de riesgos. Cuando uno de esos intereses es sacrificado voluntariamente para salvar a los demás, nace la obligación de todos los interesados en contribuir a la reparación del daño o del gasto beneficioso, simplemente como un efecto reflejo de la comunidad de hecho que viene a reparar equitativamente la lesión causada, la cual, por lo mismo tuvo por finalidad el beneficio de todos, debe ser también una lesión común y no singular. La idea tradicional del hermanamiento (agermanament) de todos los partícipes en la expedición marítima sigue estando en el fundamento de esta institución.”*

3- Historia

Como fue comentado, la figura de Avería Gruesa ha sido tratada desde los inicios documentados del derecho marítimo,

encontrándose regulada en diversos cuerpos normativos, la cual *“Estuvo legislada, (...) en las antiguas leyes rodias; el Digesto de Justiniano recogió su regulación en la famosa “Lex Rodia de iactu”; hicieron referencia a ella los Roolos de Oleron (Siglo XII); la palabra avería tiene su origen en los “Constitutum Usus” de la ciudad de Pisa (1160), donde se usó la palabra “avere” con significación de propiedad, y en un Código genovés de 1341, aparece ya la moderna expresión “avería”, el “Guidon de la Mer” (1556-84) es el primer monumento legislativo que da una expresa definición de la avería común; y se ocupa de ella las ordenanzas de Luis XIV, de donde pasa su regulación al Código de Napoleón y de él a los Códigos Contemporáneos.”*¹⁰

Refiriéndose a la Echazón, en el Tratado de Derecho Marítimo, el autor Daniel Danjon indica que *“Desde Rhodas, la teoría de la echazón paso a Roma, y la importancia que adquirió en el derecho romano puede apreciarse por el solo hecho de que el Digesto de Justiniano dedica un título a la misma. Recogida por el derecho bizantino, esta teoría fue después adoptada por el derecho consuetudinario europeo, desarrollándose considerablemente. En efecto, este desarrollo armonizaba con las necesidades y costumbres de la Edad Media; la desaparición de la “paz romana”, las incursiones de los piratas escandinavos o sarracenos, la falta de poder central fuertemente organizado, aumentaron considerablemente los riesgos de los viajes; pero, en cambio el espíritu de asociación se desarrolló enormemente, ya que la asociación era el único medio de que podía entonces disponerse para atenuar las consecuencias perjudiciales de los riesgos”*¹¹.

5 Enciclopedia jurídica, tomado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/echazon/echazon.htm>, consulta realizada el 25 de octubre de 2011, 20:30 horas.

6 García Valiñas, María Soledad y Adler, Martín Germán, Op. Cit.

7 Ponce Fontana, Lucía. Op. Cit.

8 Aceituno Aldunate, José Manuel. El Seguro de Transporte. Chile: Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1997, p.79. Tomado de: http://books.google.es/books?id=kd5ikk0mdKQC&pg=PA79&dq=subject:%22Law%22+echazon&hl=es&ei=PKPjTc-XNajr0QHrKCCcBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEQQ6AEw BQ#v=twopage&q&f=true, consultado el 04 de junio de 2011, 17:50

9 Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo V. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, reimpresión de la séptima edición, 1987, p 406.

10 Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Marítimo, México: Editorial Herrero S.A., primera edición, 1970, p.699

11 Danjon, Daniel. Op.Cit. p. 288

Se procederá a comentar brevemente algunos de los cuerpos normativos a fin de conocer el tratamiento dado al instituto a través de la historia.

3.1. Leyes Rodias

La doctrina es uniforme al indicar que los griegos en la isla de Rodas por su alto tráfico marítimo y experiencia en el campo naval desarrollaron costumbres que se fueron convirtiendo en reglas entre los comerciantes, de manera que la primera referencia histórica que se encuentra sobre la figura de la echazón, averías gruesas y otras instituciones del Derecho Marítimo tienen su origen en las Leyes Rodias, las cuales eran aceptadas y respetadas entre los pueblos del Mediterráneo.

*“Las leyes rodias regulaban diversas instituciones: ciertas especies de préstamo marítimo, delitos cometidos entre marinero, delitos relativos al cargamento y al buque, disposiciones sobre política naval, formas de pago del flete, casos de trasbordo de la mercancía de un barco a otro, hurtos en caso de naufragio, etc.; pero quizás lo más notable del contenido de este cuerpo de leyes sea la primera reglamentación de una especie de sociedad que es el más legítimo antecedente del contrato de comenda, que a su vez es el antecedente de nuestra sociedad comercial, y los principios sobre las averías gruesas, recogidas en el Digesto Romano y presentes aún en las leyes modernas...”*¹².

La relevancia de las Leyes Rodias, fue importante que *“Con el tiempo, los romanos*

*—que carecían de leyes específicas que regulasen el tráfico mercantil marítimo— adoptaron estas leyes en las que se regulaba la echazón o avería gruesa y que en tiempos de Julio Cesar y del emperador Augusto seguían en vigor. Famosos juristas de la época como Servio Ophilio, Labeon y Sabino se sirvieron de ellas, especialmente en lo referido al tema de la echazón de la mercadería al mar. Más tarde, los emperadores Tiberio, Adriano, Antonio, Pertinaz y Septimio Severo, prescribieron la observancia de estas ordenanzas para todos los casos en los que no entraran en contradicción con la legislación imperial.*¹³”

Por lo anteriormente expuesto es que las Leyes Rodias son conocidas como la primera recopilación conocida del Derecho Marítimo consuetudinario, regulando diversas instituciones marítimas, adoptadas y codificadas por el Derecho Romano y el tratamiento de figuras tales como la echazón continúan presentes hasta nuestros días en legislaciones marítimas diversas..

3.2. Digesto Justiniano

Como fue indicado en líneas anteriores, los principios de las Leyes Rodias que regulaban la avería gruesa y la echazón, fueron aceptadas por los romanos, al punto que *“El emperador Antonino, consultado sobre esto, respondió: Yo soy ciertamente, Señor de la tierra, más la Ley lo es del mar: los negocios marítimos trátense según las Leyes Rhodias, siempre que estas no se opongan a algunas de las nuestras. Lo mismo respondió el Sacratísimo Augusto.*¹⁴”

¹² Cervantes Ahumada, Raúl. Op. cit. p. 9-10

¹³ Luque Talavan, Miguel. La Avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio (Siglos XVI- XVIII), en: Revista Complutense de Historia de América, 1998, n°24, 113-145, p.126, consultado en: <http://revistas.ucm.es/ghi/11328312/articulos/RCHA9898110113A.PDF>, consultado: 10 de abril de 2011, a las 18:02 horas.

¹⁴ De Capmany, y de Monpalau, Antonio. Apéndice a las Costumbres marítimas del Libro del Consulado. Madrid: Imprenta de Sancha. 1791. p. 7, tomado de: <http://rodin.uca.es:8081/xmlui/handle/10498/7151>, consultada el 10 de abril de 2011.

Esta adopción de las Leyes Rodias por parte del Derecho Romano, los llevó a la positivización de dichas normas, siendo que *“La primera referencia documental al instituto de la Avería Gruesa se encuentra en el Digesto Justiniano, Libro XIV, título II, bajo el nombre de “De Lege Rhodia de iactu”, de la Ley Rodia de Echazón”*¹⁵.

Se indica que *“el número I de aquel capítulo establecía ya que “se dispone en la ley Rodia que, si son arrojadas las mercancías para aligerar la nave, se resarza mediante contribución de todos, lo que en beneficio de todos se causó...”*¹⁶.

3.3. Roles de Olerón

Entre los siglos XI y XIII, se desarrollaron en Francia regulaciones provenientes de las costumbres marítimas que recogían entre ellos las figuras de la avería gruesa y la echazón. Estas normas son conocidas como los “Roles de Olerón”, procediendo su nombre de la única copia manuscrita encontrada en la cual aparece la firma de un notario de la Isla Olerón en Francia.

En relación con este punto Cervantes Ahumada¹⁷, manifiesta que: *“En Olerón, isla francesa de la costa atlántica, cercana a Burdeos, apareció en el siglo XIII una compilación de sentencias que contienen, en cuarenta y siete artículos, una amplia*

compilación de las costumbres marítimas que se observaban en los puertos franceses de la costa del Atlántico. Cleirac sostiene que fueron promulgados en el año 1150, y que su primera edición apareció en 1266.

Los Roles de Olerón tuvieron un prestigio semejante al que en la antigüedad alcanzaron las leyes rodias. Fueron aceptados en España, en Inglaterra y en los puertos del Mar del Norte y del Báltico.”

La aceptación de esta recopilación de normas marítimas Francesas fue tal que éstas fueron aplicadas por otros países de Europa Occidental, siendo consideradas como normas generales sobre temas marítimos.

Dichos cuerpo normativo, regulaba la echazón en su artículo 8, el cual *“prevé la hipótesis de un navío sorprendido por una tempestad y en virtud de la cual la echazón es la única solución para salvarlo junto con su carga. Señala que si no hubiere mercaderes que respondieren por la carga, o si éstos aprobaran la echazón con su silencio, el Capitán podía proceder conforme lo estimare apropiado. Si los comerciantes se opusieron a la echazón y la prohibieron, no debía aquel abstenerse de practicar la echazón en la medida justa para la conservación del bien común y la seguridad. Los bienes que fueren arrojados, debía, entonces, ser valorados de acuerdo con el justo valor de*

¹⁵ Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. La Avería Gruesa: Reflexiones críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido de la Lex Marítima. San José, Universidad de Costa Rica, trabajo final de graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho, 2008, p. 18.

¹⁶ García-Ripoll Montijano, Marín, Ilícitud, culpa y estado de necesidad (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil), Monografías de Derecho Penal, número 6, Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2006 p. 135, tomado de http://books.google.es/books?id=NWcJx5xKSlkC&pg=PA138&dq=subject:%22Law%22+echazon&hl=es&ei=1qPjTZ7MLMbf0QHx2On3Bw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEwQ6AEwBzgM#v=onepage&q&f=false.

¹⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. Op.cit., p.11-12

los similares que fueron salvados. Vendida la mercancía librada, el precio recuperado debía ser dividido entre los mercaderes. El Capitán podía también computar el daño que hubiere sufrido su navío y el flete de los bienes lanzados en la echazón.¹⁸

En este documento histórico se encontraban normas que manifestaban aún de manera más clara el principio de la solidaridad que fundamenta la figura de la echazón, “Así, los “Roles d’ Oleron” manifiestan un avance respecto de la “Lex Rhodia”: instituye normas específicas para regular la Avería Gruesa tanto en caso de echazón, como en caso de daños o pérdidas sufridas por el buque. Se aprecia por primera vez, un régimen de solidaridad pleno, pues tanto la mercancía como el navío que la transportaba, estaban cubiertos por la contribución. Ostentan además un detallado mecanismo de reclamo y liquidación de las pérdidas soportadas. Sin embargo, este designio parecía obedecer más al estado de necesidad sobreviniente, que a la aceptación de un verdadero régimen de equidad y solidaridad identificado con la comunidad de intereses.¹⁹”

3.4. El Consulado del Mar

Se indica que “El Consulado del Mar.- Es una notable compilación doctrinal de las costumbres marítimas del Mediterráneo. En su primer párrafo leemos: “Aci comencen les ones costumes de la mar”. Data del siglo XIV y fue publicado en Barcelona en Cataluña. Gozó de singular prestigio en la cuenca del mediterráneo.²⁰”

Otros autores indican que “El Consulado del Mar es un conjunto de reglas a que los cónsules, o sea los jueces en asuntos marítimos debían ajustar sus decisiones, esta compilación alcanzó una autoridad célebre. No se conoce a punto fijo la fecha en que esta colección fue redactada, aunque los más suponen que lo fue en el siglo XIII. Marsella y Barcelona se disputan el lugar de su nacimiento, pero es muy probable que su origen sea barcelonés; esta obra en definitiva fue una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del Mediterráneo y por esto fue aplicado por largos años en los puertos del Mediterráneo occidental”.²¹

Garrigues explica que en esta compilación se desarrolló un negocio jurídico de origen catalán llamado “agermanament” o hermanamiento, “El convenio de “Agermanament” hace comunes, por voluntad de los propietarios respectivos, la suerte del buque y del cargamento en determinados riesgos de la navegación”.²²

Asimismo, el consulado del mar desarrollaba el tema de la ésta investigación, siendo que “La figura de la echazón aparece regulada en los capítulos del XCV al C. El Capítulo XCVIII se refiere al caso de la echazón, previendo que cuando el capitán efectuar un acto de echazón, no habiendo consentido los mercaderes tal acto, debía, una vez arribado al lugar de destino, conservar las mercancías salvadas, y no restituirlas a sus propietarios hasta que éstos hubieren contribuido al sacrificio. Esto, con el propósito de que los propietarios de la mercancía sacrificada no

18 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., p. 38.

19 Ibid. p. 39.

20 Cervantes Ahumada, Raúl. Op.Cit., p. 12.

21 Méndez Beltrán, Thanya Patricia. Nociones generales del Derecho Mercantil, tomado de: <http://www.monografias.com/trabajos14/derecho-mercant/derecho-mercant.shtml>, consultado el 29 de octubre del 2011.

22 Garrigues, Joaquín. Op. Cit. p.398.

debieran verse obligados a perseguirlos para exigir la contribución.²³”

3.5. Código Hanseático

La Liga Hanseática fue formada en el Siglo XII, por las ciudades teutónicas de Lubeck, Brunswick, Danzig y Colonia, con el objetivo de promover y proteger su comercio marítimo. Explica Cervantes Ahumada²⁴ que ésta Liga inicialmente aplicó las mencionadas Leyes de Wisby, sin embargo aproximadamente en el siglo XVII promulgó el denominado Código Hanseático, dicha recopilación contenía normas heredadas de los Roles de Oleron y de las Leyes de Wisby.

“Se estableció en el artículo I que la distribución del monto de la pérdida sobre el buque y las mercancías salvadas había de hacerse según la cuota proporcional que los armadores y los fletadores debían soportar. Esto, cuando el navío hacía agua y era entonces necesario arrojar la carga al mar.²⁵”

3.6. Las Leyes de Wisby

Durante el Siglo XV, surgió una compilación aparentemente escrita en la Isla Gothland, denominadas las Leyes de Wisby, con gran influencia en los mares de Suecia y Dinamarca, sin embargo éstas normas parecen ser una adaptación o traducción de los Roles de Olerón.

“Las Leyes marítimas de la ciudad sueca de Wisby contienen una transcripción de

23 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op.Cit. p. 42.

24 Cervantes Ahumada, Raúl. Op.cit.,

25 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op.cit., p. 47.

26 Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit.

27 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit, p. 46.

28 Ver Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit.

los Roles de Olerón, con extractos de las leyes de Amsterdam y Lubeck. Se aplicaron en el Mediterráneo del Norte de Europa. Es notable la regulación que estas leyes hacen del trabajo en el mar.²⁶”

“La echazón aparece regulada en el artículo 7 de las Leyes, previendo el peligro que cierne sobre la empresa marítima la tempestad o el mal tiempo. Señala que las mercancías sacrificadas en razón de esta amenaza por la preservación del bien común, habían de ser compensadas por el navío y las mercancías que fueron efectivamente salvadas.²⁷”

3.7. El Guidon de la Mer

En el Siglo XVII, aparece en Francia, exactamente en Ruan, una colección de principios de derecho marítimos producto de la costumbre, cuya relevancia para el tema aquí tratado es que incluye la figura del fletador como parte contribuyente en la echazón, y a la vez la doctrina²⁸ indica que es la primera compilación en la cual se regula lo referente al seguro marítimo.

“El “Guidon de la Mer” marca un hito en el desarrollo del instituto de Avería Gruesa, pues además de ser una compilación completa de la costumbre marítima de la época, ofrece además una definición general del instituto, seguida de una exposición taxativa de casos en que aplica, así como el método de liquidación de la Avería. Se comienza así a comprender de forma más específica, qué actos son constitutivos de Avería Gruesa,

y dan por tanto lugar a la contribución. En todo caso, su mayor virtud es quizá, el haber logrado establecer clara y plenamente, que la contribución a avería gruesa nace de la colaboración solidaria del dueño de la mercancía, el capitán y el fletador, sea, de las partes de la aventura marítima. Importante es acá la inclusión, por primera vez, del fletador como parte de la aventura marítima, siendo que con anterioridad al “Guidon de la Mer”, carga y flete eran considerados uno solo²⁹.”

3.8. La Ordenanza Marítima Francesa de Agosto de 1681

Este cuerpo normativo presenta gran relevancia para la figura de la echazón y la contribución, que fueron reguladas en su artículo Décimo Quinto del Título Octavo, pues por primera vez se indica como elemento en la configuración del instituto de la Avería Gruesa: el resultado útil.

“Explica esta norma que si el sacrificio realizado no previniera a la nave de perecer, las mercancías salvadas no sería tenidas como obligadas a contribuir al pago de aquellas que fueron sacrificadas. Así, la “Ordonnance de la Marine d` août 1681” viene a aportar, desde una perspectiva finalista, que el gasto o sacrificio en el que se incurre intencionalmente, no solo debe ser extraordinario y tendiente al bienestar de la empresa común, sino que, además, debe tener un resultado útil. No obstante, este criterio no sólo es controvertido en la doctrina, sino que también ha sido desechado en las legislaciones más modernas³⁰.”

29 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op.cit., p. 50.

30 Ibid., pp. 53-54

31 Luque Talavan, Miguel. Op.cit.

32 Ibidem.

3.9 Siglo XVIII

En el Siglo XVIII fueron retomadas las normas heredadas de las Leyes Rodias y que fueron adoptadas por el Derecho Romano, cita la doctrina que “Las Leyes de Rhodias serían nuevamente publicadas en el siglo VIII bajo el reinado del emperador León el Filósofo (886-911) de Bizancio, cuando este soberano se decidió a simplificar toda la materia jurídica existente en el imperio—incluidas las citadas leyes—. Esta recopilación es conocida con el nombre de Las Basílicas³¹.”

El autor Luque Talavan al tratar el tema de la avería gruesa, manifiesta que:“... al hablar de obras sobre la avería en el siglo XVIII y fuera ya del ámbito de la literatura jurídica, ningún estudio estaría completo sin mencionar el trabajo de Antonio de Capmany y de Monpalau. Este autor la definió como una contribución a la que estaban sujetas todas las mercaderías y la misma nave, para que en caso de desastre se pudiera resarcir a los interesados por las pérdidas sufridas ya en la mercancía, ya en la nave. Capmany reconocía que la palabra era utilizada en el lenguaje marítimo para explicar diferentes realidades en el sentido amplio de la palabra, significando todos los daños que suceden en las naves desde su salida del puerto hasta su arribada al lugar de destino, sirviendo también para designar todos los gastos extraordinarios que se causaban a lo largo del viaje, bien por parte del barco, bien por parte de la mercancía transportada³².”

4- Elementos constitutivos de la Avería Gruesa

A fin de analizar la figura de la Avería gruesa, es necesario remitirse a sus elementos constitutivos, la doctrina indica como tales: peligro, acto voluntario, sacrificio, interés común, resultado útil, el carácter excepcional o extraordinario y razonable del acto, los cuales se verán a continuación:

4.1 Peligro

La doctrina de manera unánime identifica como un elemento necesario de la Avería gruesa la existencia de un peligro para la aventura marítima. Entre sus características se pueden citar el que sea próximo, inevitable, real, inminente y común.

Al referirse al factor real del peligro se explica que para que un acto sea admitido en Avería Gruesa, debe confirmarse que el peligro que pretendía evitarse era, en efecto, real, es decir el peligro: “debe existir, pues puede el Capitán, por razones varias, creer que hay peligro y en realidad no haberlo. La existencia de este peligro debe ser juzgada por el juez con un criterio subjetivo, es decir, el juez debe ponerse en la situación del Capitán en ese momento³³.”

Ahora bien, “¿Cómo apreciar o definir este peligro? ¿Debe tratarse de un peligro inmediato o basta la mera inminencia de su acaecimiento? La determinación de este asunto es de capital importancia, pues la realización del acto de Avería Gruesa está

condicionada a la existencia de un peligro. Luego, siendo las York-Antwerp Rules omisas en este extremo, es necesario recurrir a las elaboraciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre el contenido de este peligro. Explican Albert y Thoo que la probabilidad de peligro deberá ser considerada por el Capitán para motivar con precisión su decisión. Según estos autores, es él y su tripulación quienes deberán caer en cuenta y alcanzar convencimiento respecto del acaecimiento de un peligro que es importante, real, cierto y directo, actual, etc...

En el ámbito de la jurisprudencia, la autoridad clásica a la que ha de remitirse al analizar el peligro como elemento constitutivo del acto de Avería Gruesa es el caso *Joseph Watson & Son Ltd v Firemen’s Fund Insurance Co of San Francisco* 2 KB 355 (1992) En este caso, el Capitán hizo inyectar vapor a la cámara del buque bajo la creencia de que había un incendio, ocasionando un daño a la carga. Hodges comenta que se estableció en esta resolución que, para que se dé un acto de avería gruesa, el peligro debe de existir de hecho, y que no basta la mera apariencia de tal existencia. La avería gruesa no cubre actos dirigidos erróneamente a evitar un peligro inexistente. Así se establece que el peligro ha de ser real.³⁴”

El peligro debe ser “**Actual**, el peligro no debe ser ni muy remoto, de modo que no produzca sus efectos, ni muy cercano, porque si es muy cercano carece de todo objeto el sacrificio. Por eso es muy criticable la definición que da algún código cuando exige “inminencia” del peligro³⁵.”

33 García Valiñas, María Soledad y Adler, Martín Germán, Op. Cit.

34 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 150 y 151

35 García Valiñas, María Soledad y Adler, Martín Germán, Op. Cit.

En relación con el peligro próximo e inevitable, se indica “Que la Echazón no se ha de hacer sino en un peligro próximo e inevitable pero en tiempo hábil porque de otro modo sería una temeridad y lleva consigo la obligación de compensar los daños y peligros que tienen solamente su origen o de naufragio o de persecución de Enemigos de quienes no se pueda huir sin aligerar la Embarcación.”³⁶ Sic

“La inminencia, en tanto que característica del peligro que amenaza o que está por suceder prontamente, parece un límite razonable para la realización del sacrificio, pues otorga al Capitán un ámbito de previsibilidad dentro del cual calcular la probabilidad del acaecimiento del peligro. La representación de un peligro dentro del plano de la probabilidad permite tomar una decisión razonada, en atención al cuadro fáctico.

No lo es, en cambio, el criterio de inmediatez del peligro, como hecho que ha de suceder enseguida. Basta recurrir al sentido común para comprender que no es razonable que un Capitán deba esperar hasta el último momento, se hasta que el peligro sea inmediato, para adoptar las medidas necesarias para evitarlo. Por lo tanto, la Avería Gruesa ha de admitirse en tanto se demuestre que el Capitán tenía razones serias para estimar que el buque estaba bajo amenaza.”³⁷

Ponce Fontana, coincide con otros autores al indicar que debe darse la “Existencia de un riesgo conocido y efectivo que amenace

al buque y a su cargamento. Para que este requisito se lleve a cabo, debe tratarse de un riesgo actual e inminente: no basta con que solo sea la amenaza futura; además, es necesario que el riesgo sea efectivo, es decir, que este riesgo efectivamente se produzca”³⁸.

En lo referente a que el peligro deba ser común la doctrina indica que: “Otro requisito de la avería gruesa es que el sacrificio haya sido motivado por un por un peligro común. No basta que el daño o el gasto hayan sido hechos en el interés común. Es necesario que se cierna un peligro cierto sobre el buque y el cargamento que amenace a toda la expedición. Si el peligro amenazara sólo a una parte del cargamento, por ejemplo, cualquier sacrificio que se hiciera en tal caso no podría justificar una contribución general, pues el fundamento de las averías gruesas estriba precisamente en la comunidad de intereses de toda la expedición”³⁹. En el mismo sentido se indica que sea “Común, este peligro debe amenazar al buque, flete o carga, porque si amenaza a uno solo, será una avería particular o simple y la indemnización se haría en beneficio de uno solo”⁴⁰.

4.2 Acto Voluntario

Para que los daños sean cubiertos como avería gruesa, es necesario que la decisión hayan sido un acto voluntario del Capitán; esto se explica pues “Los daños causados

fortuitamente por riesgos de la navegación en el buque: “forzado” por el tiempo (violencia del tiempo o del mar) o en el cargamento que transporta, deben ser soportados por el dueño de la cosa que los sufre conforme a los principios generales del derecho. Cada cual se beneficia o perjudica con las consecuencias del casus y los riesgos anejos a todo contrato. No así los causados por la voluntad del Capitán, porque si éste ha podido elegir a su arbitrio entre los distintos valores expuestos cual ha de ser sacrificado en utilidad común, no hay razón que justifique en este caso que la cosa perezca para su dueño. Debe tomarse el término hecho voluntario en el sentido de hecho libre, por oposición a fatal”⁴¹.

Como fue indicado, es importante recalcar que el Acto voluntario es propio del Capitán de la Nave, quien representa todos los intereses involucrados en el éxito de la aventura marítima; no obstante lo anterior, el capitán “podrá oír a los representantes de los cargadores que estuvieren presentes si las circunstancias lo permiten; el capitán debe dejar constancia de su decisión en el libro bitácora, lo mismo que de sus fundamentos”⁴². Asimismo “... expone Dusarre que la Avería Gruesa necesariamente ha de resultar de un acto voluntario del Capitán, y no de un caso fortuito. Explica que no puede haber Avería Gruesa a menos que sea la voluntad la que determine la generación del daño o gasto. Además, esta voluntad ha de dictarse con cierta inteligencia y previsión respecto del peligro afrontado.

Sin embargo, ¿a la voluntad de quién se hace referencia? Ciertamente, ha de referirse prima facie a la voluntad de las partes de la empresa marítima. Sin embargo, particularmente en las travesías modernas, los fletadores y comerciantes normalmente viajan junto con su mercancía. Así, es la voluntad del Capitán, en su condición de representante de los intereses de la aventura marítima, la que ha de determinar la realización del sacrificio o gasto. Las York-Antwerp Rules son omisas en este aspecto, pero otras legislaciones como el artículo 25 de la Loi no. 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements d mer (Francia) así lo disponen.”⁴³

En nuestra legislación, establece el Código de Comercio de 1853, en su artículo 878, lo siguiente:

“Artículo 878.- Consulta para resolver las averías comunes: El capitán no puede resolver por sí solo los daños y gastos que pertenecen a la clase de averías comunes, sin consultar a los oficiales de la nave y los cargadores que se hallen presentes, o a sus sobrecargos. Si éstos se opusieren a las medidas que el capitán con su segundo, si lo tuviese, y el piloto, hallaren necesarias para salvar la nave, podrá el capitán proceder a ejecutarlas bajo su responsabilidad, no obstante la contradicción, quedando a salvo el derecho de los perjudicados para deducirlo a su tiempo en el tribunal competente contra el capitán que en estos casos hubiese procedido con dolo, ignorancia o descuido”.

36 Targa, Carlos. Reflexiones sobre los Contratos marítimos, sacadas del Derecho Civil, y Canónico, del Consulado del Mar y de los usos marítimos, con las fórmulas de tales contratos. Madrid: Imprenta de Francisco Xavier García, 1753, p. 193. Tomado de: <http://books.google.es/books?id=tNmYs-TSddlC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>, consultado el 04 de junio de 2011, 17:15 horas.

37 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 150 y 151.

38 Ponce Fontana, Lucía. Op. Cit.

39 García Valiñas, María Soledad y Adler, Martín Germán, Op. Cit.

40 Ibídem

41 Ibídem

42 Baeza Pinto, Sergio. Derecho Marítimo (Propedéutica). Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 57. Tomado de: http://books.google.es/books?id=jEeYYLTfllsC&pg=PA57&dq=aver%C3%ADa+gruesa&hl=es&ei=T83qTaqeLI6EtgtzM3DAQ&sa=X&oi=book_result&ct=book-thumbnail&resnum=2&ved=0CDEQ6wEwAQ#v=onepage&q=aver%C3%ADa%20gruesa&f=false, consultado 04 de junio de 2011, 18:04 horas.

43 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., p. 147

“Artículo 879.- Falta de consulta; casos de urgencia: Cuando hallándose presentes los cargadores no sean consultados para la resolución que previene el artículo precedente, quedarán exonerados de contribuir a la avería común, recayendo sobre el capitán la parte que a éstos correspondería satisfacer, a menos que por la urgencia del caso hubiere faltado al capitán tiempo y ocasión para explorar la voluntad de los cargadores antes de tomar por sí disposición alguna.”

4.3 Sacrificio

Respecto del elemento del sacrificio, se ha indicado que éste debe ser extraordinario e implica la pérdida, daño, deterioro, pérdida o destrucción del buque, sus aparejos o instrumentos, o bien la carga total o parcialmente.

En relación con los daños ocasionados al buque como consecuencia del sacrificio de la avería gruesa, el autor García Góngora⁴⁴, cita varios casos y normas que lo regulan, por ejemplo:

“La regla II de las York-Antwerp Rules establece que: “La pérdida o daño causado a un buque y a su cargamento, o a cualquiera de ellos, por o a consecuencia de un sacrificio hecho para la seguridad común, así como por el agua que penetre por las escotillas abiertas, o por cualquier otra abertura practicada con el objeto de efectuar una echazón para la seguridad común, serán admitidos como avería gruesa.” Así, los daños ocasionados al buque, sus partes o aparejados por barro o por anegamiento causado por la apertura de las escotillas, constituyen actos de Avería Gruesa.”

⁴⁴ Ibid.

“El artículo 811.7 del Código de Comercio de 1885 de España dispone en esta norma que: “Serán averías gruesas o comunes, por regla general, todos los daños y gastos que se causen deliberadamente para salvar el buque, su cargamento, o ambas cosas a la vez, de un riesgo conocido y efectivo, y en particular las siguientes: El daño causado en el buque que fuere necesario abrir, agujerear o romper para salvar el cargamento.”

“Dentro de esta categoría pueden incluirse también las reparaciones provisionales realizadas al buque en razón de un daño causado por sacrificio de avería gruesa, en relación con la Regla II, según lo establece la Regla XIV, incisos a) y b), Reparaciones provisionales, misma que se reproduce a continuación en lo atinente al punto expuesto: “a. Cuando un buque se le efectúen reparaciones provisionales para la seguridad común o de daño causado por sacrificio de avería gruesa, ya sea en un puerto de carga, de escala o de arribada, el costo de tales reparaciones será admitido en avería gruesa. b. Cuando se efectúen reparaciones provisionales de un daño accidental, únicamente con el fin de poder terminar el viaje, el costo de estas reparaciones será admitido como avería gruesa sin tener en cuenta la economía para otros intereses, si la hubiere, pero solamente hasta alcanzar la suma economizada de gastos que se hubieran incurrido y admitido en avería gruesa si tales reparaciones no se hubiesen efectuado en aquel lugar.”

Asimismo explica el citado autor, que en el caso específico de la Echazón, el acto consiste en arrojar la carga o partes de un buque a fin de aligerarlo, es decir en sacrificar parte del buque o de la carga para salvar la nave. *“Es precisamente este acto particular,*

el que dio origen al instituto y doctrina de Avería Gruesa. Como ha de recordarse, es con la «Lex Rhodia de lactu» o Ley Rodia de Echazón, que surge el deber de colaboración de todas las partes de la aventura marítima con el dueño de la carga, en razón de su sacrificio por echazón.”

“La Regla I de las York-Antwerp Rules, dedicada al acto de echazón, establece que: “Ninguna echazón de carga será bonificada como avería gruesa a menos que tal cargamento sea transportado de acuerdo con las costumbres reconocidas del tráfico. En esta regla se admite la echazón de carga transportada según las costumbres reconocidas del tráfico, excluyendo así las mercaderías cargadas sobre cubierta –a menos que sea este el procedimiento habitual-, así como los objetos echados que no se hallen en el conocimiento de embarque o en el manifiesto de la carga.”

“...la Regla II de las York-Antwerp Rules establece, en relación con los daños ocasionados al buque o el cargamento para practicar la echazón, son actos de avería gruesa: “La pérdida o daño causado a un buque y a su cargamento, o a cualquiera de ellos, por o a consecuencia de un sacrificio hecho para la seguridad común, así como por el agua que penetre por las escotillas abiertas, o por cualquier otra abertura practicada con el objeto de efectuar una echazón por la seguridad común, serán admitidos como avería gruesa.”

“Tampoco han de admitirse en Avería Gruesa los objetos abordados no incluidos en los conocimientos de embarque o en el manifiesto de carga.

La Regla XIX de las York-Antwerp Rules establece, en materia de mercancías no declaradas o falsamente declaradas: *“Los daños o pérdidas sufridos por las mercancías*

cargadas sin conocimiento del armador o de su agente o por las que intencionadamente hubiesen sido objeto de una falsa declaración en el momento del embarque, no se abonarán en avería gruesa, pero tales mercancías estarán sujetas a la correspondiente contribución si se salvaran. Las pérdidas y daños causados a las mercancías que hayan sido falsamente declaradas, con un valor más bajo que el efectivo, se abonarán sobre la base del valor declarado, pero contribuirán con su valor real.” Se establece que las pérdidas o daños sufridos por la mercancía cargada de forma irregular no estará cubierto por la Avería Gruesa, sin embargo, si estas se salvaran merced de un gasto o sacrificio realizado por la seguridad común, éstas habrán de contribuir.”

4.4 Interés Común

Es importante recalcar la importancia del interés común en la avería gruesa y la echazón, ya que solo se consideraran como tales, aquellos casos que hayan sido realizados para el beneficio de todos los involucrados en la aventura marítima para proteger sus intereses.

La doctrina lo expone de la siguiente manera: *“... Albert y Thoo, citando a Prübmann y Rabe, explican que el peligro debe ser común al buque y a la carga que se encuentra abordado. Luego, no hay Avería Gruesa cuando el peligro amenace un navío vacío y sin carga, ni tampoco cuando éste se cierna únicamente sobre una de las partes de la empresa marítima, pues el sacrificio o gasto así efectuado constituiría una Avería Particular y no Gruesa. En la misma dirección, apunta Hodges que para que un acto sea admitido en Avería Gruesa, el sacrificio o gasto debe ser realizado para*

el beneficio de toda la aventura, y no sólo de uno de los intereses involucrados.⁴⁵”

Asimismo, “Duserre sugiere que a estos efectos, ha de remitirse a la teoría de la asociación de intereses. La seguridad común refiere a la preservación del interés común a las partes de la empresa marítima, Tal interés ha de entenderse, a su vez, a la luz de la comunidad de interés existente entre ella. La comunidad de intereses nace en cada viaje con la conformación de la empresa marítima, en la que participan buque, flete y carga. El interés común a estas partes es hacer frente a los peligros de la navegación marítima y salvaguardar sus intereses. Luego, la seguridad común radica en la conservación de la propiedad involucrada en la aventura marítima. A este noción remite la Regla A de las York-Antwerp Rules, al afirmar que “Existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha efectuado y contraído, intencional y razonablemente, algún sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima.”⁴⁶”

En el caso específico de la echazón se dice que “La echazón no constituirá avería común más que cuando haya sido realizada para el bien y la salvación común del buque y del cargamento, es decir, según la opinión más generalizada, para la seguridad común, o, según una opinión que, a nuestro juicio, es más racional, en interés común.”⁴⁷”

En este sentido señala la Regla II de las Reglas de York- Amberes: “-Daño causado

por echazón y sacrificio para la seguridad común. El daño causado a un buque y a su cargamento, o a cualquiera de ellos, por o a consecuencia de un sacrificio hecho para la seguridad común, así como por el agua que penetre por las escotillas abiertas, o por cualquier otra abertura practicada con el objeto de efectuar una echazón para la seguridad común, serán admitidos como avería gruesa.”

4.5 Resultado útil

Existe doctrina encontrada en este punto, siendo que la mayoría de autores consultados consideran que sí constituye un requisito de la Avería Gruesa que el acto haya tenido un resultado útil, sin embargo otros doctrinarios indican que independientemente del resultado del acto debe indemnizarse el sacrificio realizado.

La doctrina mayoritaria básicamente expone como requisito para la avería gruesa: “Que tenga un resultado útil, que si ese sacrificio, voluntario y extraordinario, realizado en presencia de un peligro real, actual y común, no tiene resultado útil no hay avería”⁴⁸.

“De Smet acota que la Avería Gruesa se basa en la unión de los intereses del buque, la carga y el flete; y que por tanto, si el sacrificio efectuado en pos de la preservación del bien y la seguridad común fracasa en su intención de salvar al menos una de las partes de la aventura, la unión de intereses desaparece y no da lugar a la contribución por Avería Gruesa. El mismo autor explica que Smeesters y Winkelmoen advierten, en la misma línea, que no ha de

45 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., p. 155

46 Ibid. pp. 156 y 157

47 Danjon, Daniel. Op. Cit., p. 392

48 García Valiñas, María Soledad y Adler, Martín Germán, Op.Cit.

confundirse la causa con el efecto: la causa es el acto voluntario del Capitán (gasto o sacrificio), mientras el efecto lo conforma el resultado obtenido. Luego, bajo esta tesitura, es necesario que en razón de tal acto voluntario, un efecto útil haya sido efectivamente alcanzado. No obstante, si el sacrificio ha sido consentido a favor del interés del navío o de la carga, y finalmente sólo uno de ellos se beneficia del mismo, se habrá alcanzado un resultado útil, y por tanto habrá Avería Gruesa.”⁴⁹

El tratadista comercial Joaquín Garrigues⁵⁰, concuerda con que “El resultado útil común de un acto de avería gruesa es “conditio sine qua non” para que pueda darse posteriormente la contribución a la avería, ya que si nada se salva, nada se debe contribuir. Pero, conceptualmente, es preciso distinguir entre acto de avería gruesa y contribución a la misma; el resultado útil es elemento esencial de la segunda pero no de aquel. El concepto de resultado útil no es un concepto absoluto en el sentido de que solo habría habido acto de avería cuando el viaje se haya terminado después felizmente. Bastará con que los intereses amenazados hayan conseguido salvarse, aunque sea parcialmente”.

Asimismo refiriéndose a la Echazón como un tipo de avería Gruesa, la doctrina indica que: “La Echazón no constituye avería común si no ha producido un resultado útil, y en nuestro derecho francés, lo mismo que en la mayor parte de la legislaciones extranjeras, ocurre así, no solamente cuando no se ha obtenido ningún resultado útil después de la echazón,

sino también cuando el resultado obtenido no se deriva de la echazón misma (...).⁵¹”

En este sentido se inclina el Código de Comercio de 1853, al indicar en su artículo 883, que: “Si la nave se perdiera, no obstante la echazón de una parte de su cargamento, cesa la obligación de contribuir al importe de la avería gruesa; y los daños y pérdidas ocurridas se estimarán como averías simples o particulares a cargo de los interesados en los efectos que las hubieren sufrido.”

No obstante, otra parte minoritaria de los autores, exponen que el resultado útil no es necesario para que exista la Avería Gruesa, ejemplo de ellos es Valenciano Góngora⁵², quien expone que: “No está el autor de la presente investigación de acuerdo con esta posición, pues bajo la inteligencia de la existencia de una comunidad de intereses, y por tanto, del régimen de solidaridad y equidad que debe privar entre las partes de la aventura marítima en virtud de interés común, resulta no sólo ilógico, sino también injusto condicionar la admisión de un gasto o sacrificio en Avería Gruesa al hecho de que éste finalmente tenga un resultado favorable. Particularmente en el transporte marítimo, las contingencias durante la travesía son tan profusas y aciagas, que las decisiones tomadas a efectos de evitarlas, aun mediando la mayor mesura y circunspección, inhiben a Capitán y tripulación de prever y garantizar el resultado dichoso de la operación. Bajo el apercebimiento de que en efecto existe una comunidad de intereses entre los miembros de la empresa marítima, ha de bastar que

49 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 162 y 163.

50 Garrigues, Joaquín. Op.cit.

51 Danjon, Daniel. Op. Cit. pp. 394-395.

52 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit.

una parte haya soportado una pérdida en beneficio de la seguridad común, para que tal acto, por sí mismo e irrestricto al éxito de su resultado, sea admitido en Avería Gruesa. [...] vale la pena resaltar la brillante acotación de Ripert sobre el tema, recogida por De Smet: “no se puede subordinar el recurso del interesado sacrificado a la circunstancia puramente fortuita de que el sacrificio haya o no producido un resultado útil a la expedición marítima. Debe haber contribución común por el simple hecho de que ha habido un sacrificio por el interés común.”⁵³

4.6 El carácter excepcional o extraordinario del acto

Para calificar un acto como de avería gruesa, es necesario que haya tenido carácter excepcional o extraordinario, es decir, no puede ser producto de una medida habitual de la aventura marítima, pues “... se desprende que el daño consecuencia de una maniobra habitual de navegación no es más que un gasto ordinario propio de la actividad, y por tanto, inadmisibles en Avería Gruesa. Como explica Duserre, la medida excepcional tomada en respuesta a un acontecimiento extraordinario tiene como efecto precisamente, contrarrestar sus efectos imprevistos. Con la realización de un acto excepcional para la preservación del bien de la empresa marítima, todos los daños y gastos que se deriven de éste serán Averías Gruesas, dando lugar a la contribución de los interesados en la expedición marítima. Y es que la determinación del carácter de extraordinario de un sacrificio es a veces complejo, siendo que el tráfico marítimo es

53 Ibid. 163 y 164.

54 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 142 y 143

55 Ibid., p. 143

profuso en contingencias. Por ejemplo, la destrucción o echazón de partes del buque que han sobrepasado su vida útil, es un sacrificio ordinario, propio del ejercicio de la navegación. Tómese, verbigracia, el caso de un incendio en la cala de un buque. El daño accidental causado a éste o a su carga, no constituye en sí mismo un acto de Avería Gruesa. Es necesario que el capitán, en su condición de representante de los intereses de la empresa marítima decida por ejemplo abrir las escotillas y anegar la cala del buque a fin de apagar el fuego, para que los daños sufridos sean admisibles en Avería Gruesa”⁵⁴

De igual manera que los daños, los gastos de la avería gruesa deben ser extraordinarios o excepcionales, la doctrina cita como ejemplo de ello a la remuneración de la tripulación; “puede inferirse que ésta implica un desembolso ajeno al giro ordinario de la empresa marítima. Entender el carácter de extraordinario de un gasto quizá resulte más sencillo, pues los gastos propios del giro normal de la actividad, están normalmente predeterminados. Así, los salarios de la tripulación son un gasto ordinario. En cambio, los gastos por arribada forzosa a un puerto de refugio a fin de protegerse del mal clima y efectuar reparaciones al buque, constituirían gastos extraordinarios motivados en un acontecimiento excepcional.”⁵⁵

4.7 El carácter razonable del acto

Siendo necesario que el acto que produce la avería gruesa o echazón sea producto de un acto voluntario del capitán, dice la doctrina que además este acto voluntario debe ser razonable.

“Refiere Dusserre que la razonabilidad reviste un carácter subjetivo, pues apela al “buen juicio”. En este sentido, cuando el Capitán decide realizar un sacrificio o gasto excepcional para salvar la expedición, debe actuar con arreglo a la razón, con “buen juicio”. A igual conclusión se llega del análisis del significado de la palabra “razonable”. La decisión de incurrir en un gasto o sacrificio extraordinario debe ser, pues, deliberada, que obedezca a la intención de preservar la seguridad de la empresa marítima. En una deliberación tal, debe al menos apreciarse de manera leve un ejercicio de adecuación, tomando en cuenta no sólo la necesidad de efectuar tal acto, sino observando además la proporcionalidad en su realización.”⁵⁶

“Poco se ha dicho sobre este elemento constitutivo del acto de Avería Gruesa, a pesar de que reviste una importancia tal, que no sólo está estipulado como requisito en la Regla A de las York-Antwerp Rules, sino que dio origen, en la revisión de Sydney de 1994, a la «Rule Paramount» o Regla Suprema: Dispone esta norma que bajo ninguna circunstancia se admitirá en Avería Gruesa daño o sacrificio alguno, a menos que sea realizado de forma razonable.”⁵⁷

5- Gastos Comprendidos

Es necesario delimitar cuáles serán los gastos que comprende la Avería Gruesa, pues éstos serán distribuidos entre las partes participantes de la Aventura marítima, de

modo que reviste gran importancia conocer los que podrán ser cubiertos como tales.

Como se indicó en lo referente a las características de la Avería Gruesa, se retoma en este punto la necesidad de que los gastos sean extraordinarios para poder ser indemnizados como avería gruesa. “Sacrificio real hecho en forma de gasto (hecho jurídico) o de daño (hecho material) que cause la pérdida total o parcial de alguna cosa. Toda avería común adopta la forma de daño o gasto. (...) El gasto ha de ser extraordinario. En definitiva, ambas formas pueden reconducirse a una sola, pues también los gastos son daños, y la mayoría de los daños materiales se traducen luego en el gasto de su reparación (v.gr. corte de cables o palos...)”⁵⁸

Asimismo, “Refiere, grosso modo, a cualquier desembolso o gasto que realice el Capitán para la salvación o seguridad común, en su condición de representante de la comunidad de intereses de la aventura marítima. A diferencia de las Averías-Sacrificio, no importan destrucción, deterioro o daño de un bien, pero sí un menoscabo en el patrimonio de la expedición. La condición fundamental para su consideración como acto de Avería Gruesa, es que ha de ser extraordinario, sea, sobreviniente y no propio del giro regular de la empresa.”⁵⁹ “De manera preliminar puede establecerse que, mientras las Averías-Sacrificio implican un acto físico de deterioro o destrucción de un objeto, las Averías-Gasto constituyen invariablemente un desembolso monetario.”⁶⁰

56 Ibid., p. 149

57 Ibid. p. 148.

58 Garrigues, Joaquín. Op. Cit. p. 401.

59 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 130 y 131

60 Ibid. pp. 116

La Cámara Naviera Internacional (International Chamber of Shipping), indica que: “Los gastos que pueden reclamarse por medio de la avería gruesa son de dos tipos:

- Los gastos y sacrificios realizados en aras de la “seguridad común” del buque, la carga y otras propiedades implicadas en la aventura marítima común; por ejemplo, los daños ocasionados al buque y a la carga al extinguir un incendio o realizar un salvamento.

- Los gastos en los que se incurra “en beneficio común” para finalizar el viaje de manera segura, incluyendo posibles gastos realizados en un puerto de refugio, tales como manipulación de la carga, tasas portuarias, salarios de la dotación, el combustible y demás provisiones y consumos, si bien excluyendo los costes de la reparación de los daños al buque”⁶¹.

Otros autores indican que: “Son, además admisibles como avería gruesa los gastos en que se hubiere incurrido para evitar pérdidas, daños o desembolsos que habrían sido abonables en avería gruesa, hasta la concurrencia del valor del daño, pérdida o gasto evitados”.⁶²

“La expresión gastos sustitutivos, se emplea para significar ciertos gastos que, aunque carecen por sí mismos del carácter propio de Avería Gruesa se liquidan como tales, siempre que éstos han evitado la realización de un desembolso mayor.

La Regla F de las York-Antwerp Rules señala que “Cualquier gasto extraordinario incurrido en sustitución de otro que hubiera sido bonificado en avería gruesa, será

considerado como avería gruesa y así admitido, sin tener en cuenta lo ahorrado, si lo hubiera, a otros intereses, pero solamente hasta el importe del gasto de avería gruesa así evitado.”⁶³

“La Regla VI de las York-Antwerp Rules señala en lo atinente, que “Los pagos por salvamento, incluidos los intereses y los honorarios legales asociados con tales pagos, no serán admitidos en avería gruesa, salvo en el caso que una de las partes de la aventura haya pagado la totalidad o parte de la proporción del salvamento (incluyendo intereses y honorarios legales) correspondientes a otra parte (calculando con base en los valores señalados y no en los valores contributivos en avería gruesa). Tal contribución al gasto de salvamento deberá ser acreditada en el ajuste de avería gruesa a la parte que la ha pagado, y debitada a la parte en cuya representación el pago fue realizado.” La revisión de 2004 de las York-Antwerp Rules reformó la regla VI recién citada, para excluir los gastos de salvamento de la admisión en Avería Gruesa, restringiéndola a los casos en que una parte de la aventura marítima hubiera pagado todo o parte de la proporción debida por otra de las partes.”⁶⁴

La regla X.a de las Reglas de York-Amberes estipula que: “i) Cuando un buque haya entrado a un puerto o lugar de arribada o haya vuelto a su puerto o lugar de carga a causa de un accidente, sacrificio o alguna u otras circunstancias extraordinarias que exijan una determinación para la [sic] seguridad común, los gastos de entrada en tal puerto o

lugar serán admitidos como avería gruesa; y cuando el buque vuelva a salir nuevamente con todo o parte de su cargamento original, los gastos correspondientes a la salida de tal puerto o lugar que sean consecuencia de la entrada o retorno, serán asimismo admitidos en avería gruesa. ii. Cuando un buque se encuentra en un puerto o lugar de refugio y es necesariamente llevado a otro puerto o lugar de refugio, siendo que las reparaciones requeridas no pueden efectuarse en el primer lugar, las disposiciones de esta Regla han de aplicarse al segundo puerto o lugar de refugio y por tanto, los costos de tal remoción, así como las reparaciones provisionales y estibaje han de ser admitidos en avería gruesa. Las disposiciones de la Regla XI han de aplicarse a la prolongación del viaje ocurrido en razón de tal traslado.”

Asimismo en la Regla X en su inciso b), se dispone que: “(i) El costo de la manipulación a bordo o del descargo de la carga, combustible o provisiones en un puerto o lugar de carga o refugio, será permitida como avería gruesa cuando la manipulación o descarga fuere necesaria para la seguridad común o para permitir la reparación del daño causado a la nave por sacrificio o accidente, si las reparaciones fueren necesarias para la continuación segura del viaje, excepto en los casos donde el daño a la nave se descubre en un puerto o lugar de carga, sin que logre identificarse conexión con accidente alguno u otras circunstancias extraordinarias sobrevenidas durante el viaje. (ii) El costo de manipulación a bordo de la carga o de su descargo, o el del combustible o provisiones, no será admitido como avería gruesa cuando

se haya incurrido en éste con el único fin de re-estibar la carga movida durante el viaje, a menos que tal re-estibaje sea necesario para la seguridad común.”⁶⁵

6- La Contribución a la avería

Una vez que se han visto los elementos que debe contener un acto para ser calificado como Avería Gruesa, se explicará brevemente la manera en que las partes involucradas deberán contribuir con la misma, pues es propio de la figura que el daño y el gasto causado en beneficio de la nave y la carga sea repartido entre todos los interesados, lo cual deberá hacerse de manera equitativa.

Garrigues⁶⁶ explica el proceso de la contribución a la avería gruesa, indicando que el mismo se divide en varios momentos: “En primer lugar será preciso justificar el acto de avería como antecedente inexcusable de su calificación jurídica. En segundo término, habrá de liquidar la avería, es decir, establecer de un lado la suma total que puede ser reclamada por aquellos que soportaron el sacrificio, y de otro lado la suma de los valores que se han beneficiado de ese sacrificio y han de contribuir a su reparación. La primera se llama masa acreedora; la segunda, masa deudora. En el tercer estadio será preciso distribuir la avería, esto es, determinar la cuantía de la contribución de cada uno mediante la operación aritmética que consiste en repartir un total de la masa deudora entre los elementos de la masa acreedora. Una vez distribuido el importe de la avería entre los interesados, procederán estos a pagarlo.”

61 Posición de la International Chamber of Shipping (ICS)- Mayo 2004, Op. Cit.

62 Baeza Pinto, Sergio. Op. Cit.

63 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo Op. Cit., p. 131.

64 Ibid. pp. 131 y 132

65 Ibid., p. 133 a 135

66 Garrigues, Joaquín. Op.Cit.

6.1 Declaratoria de Avería Gruesa.

La declaratoria de Avería gruesa es el inicio al proceso de contribución a la avería, esta es normalmente realizada por el Armador de la nave a través de sus aseguradores. Posteriormente es nombrado un liquidador de la Avería que deberá actuar en el interés común de todas las partes, al cual se le deberá hacer llegar el reclamo de la avería gruesa, y cuya labor consiste en asistir al dueño del barco en la recolección de datos y preparación de los cálculos que serán liquidados.

*“La primera tarea del liquidador cuando ha existido sacrificio de una parte de la carga es obtener de todos los interesados en la carga salvada un compromiso o garantía de contribución. A fin de recibir su mercancía, éstos han de suscribir un “General Average Bond” normalmente la formula tipo del “Lloyd’s Average Bonds”. Este documento estipula la promesa de pagar la contribución que le corresponda según el procedimiento de liquidación, mismo que será garantizado por los aseguradores del cargador o por un banco contra remuneración.”*⁶⁷

6.2 Procedimiento de liquidación

Con el procedimiento de liquidación, se procede a establecer los gastos y daños producidos en la avería. *“Distinto del acto jurídico de avería es la liquidación. Para que tenga lugar la regla del reparto proporcional es necesario que la operación sea exitosa, pues si el buque se va también a pique no hay liquidación”*⁶⁸

Cuando no se ha pactado el procedimiento de liquidación el mismo se efectuará en el lugar

donde termine el viaje según la ley vigente en el lugar, más lo usual es que se haya indicado que la liquidación se realizará conforme a las Reglas de York y Amberes, las cuales regulan dicho procedimiento. *“...la regla G de las York. Antwerp Rules dispone que la Avería Gruesa será liquidada, tanto en lo concerniente a las pérdidas como a las contribuciones, sobre la base de los valores de la fecha y lugar donde termine la aventura.”*⁶⁹

Resulta importante establecer, que en la avería gruesa también deben contribuir las mercaderías sacrificadas por el capitán y no únicamente las que se han salvado a raíz del acto de avería: *“Y es a primer vista contradictorio decir que los bienes sacrificados se han beneficiado del sacrificio. Pero la contradicción desaparece en cuando se piense que los dueños de los bienes sacrificados ven sustituidas sus cosas por dinero (pretiyn stat loco rei) por vía de la indemnización a la que tienen derecho; y si fuesen excluidos de la contribución, su posición sería más ventajosa que la de los dueños de bienes salvados, ya que estos están obligados a pagar algo (contribución) para conservar su propiedad, mientras aquellos serían indemnizados sin descuento alguno”.*

Así lo establece el artículo 877 del Código de Comercio, Ley número 104 del 6 de junio de 1853 *“Artículo 877.-*

Personas que deben contribuir al importe de las averías gruesas o comunes: Al importe de las averías gruesas o comunes contribuyen todos los interesados en la nave y cargamento existente en ella, al tiempo de correrse el riesgo de que proceda la avería”.

67 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo Op. Cit., p. 254-255.

68 García-Ripoll Montijano, Marín, Illicitud, Op. Cit.

69 Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. Op. Cit., p. 256.

6.3 Distribución de la Avería

Una vez que se ha determinado el valor de los elementos que integran la masa acreedora y la masa deudora, se procede a establecer la cuota con la que debe contribuir la masa deudora.

*“Como se estableció, el sacrificio de la echazón consiste en un daño o en un gasto, esto presupone que los valores patrimoniales de todos los propietarios de las mercaderías han sido salvados de un peligro que amenazaba a todos en conjunto. De ahí el principio de equidad, por el cual los daños patrimoniales que forman la masa patrimonial de la echazón de mercaderías son equitativamente repartidos con relación a los valores salvados. Para que este principio de equidad se logre dar, es necesario seguir un proceso de distribución del daño causado en cada una de las mercaderías y que este daño sea distribuido proporcionalmente sobre la propiedad de los interesados. Es ésta la idea principal que ha sido transmitida desde las Leyes Rhodias, hasta nuestros días.”*⁷⁰

En esta fase del procedimiento el liquidador emite la Cuenta de Avería Gruesa, cuya aprobación debe ser por unanimidad de las partes de la aventura marítima, y de lo contrario deberá acudir a un tribunal arbitral o los Tribunales comunes.

7- Regulaciones

En la actualidad el único cuerpo normativo a nivel internacional que regula la Avería Gruesa y la Echazón son las Reglas de York y Amberes, y por otro lado las respectivas

70 Ponce Fontana, Lucia. Op.Cit.

71 Ibídem.

legislaciones nacionales, en nuestro caso el ya citado Código de Comercio de 1853 (Ley ley número 104 del 6 de junio de 1853)

7.1 Reglas de York y Amberes

Se trata de un conjunto de Reglas alfanuméricas, que rigen y unifican criterios en materia de liquidación de Avería Gruesa y que han venido actualizándose desde 1860 hasta nuestros días.

Estas normas tienen su origen en Inglaterra en 1860, cuando la Asociación de Liquidadores ingleses acordaron 7 reglas prácticas en la reunión de Glasgow, posteriormente se agregan 2 normas más en la reunión de York de 1864.

En 1877 se incorporó una nueva regla en Amberes y se internacionaliza el movimiento, de ahí surge su denominación.

Posteriormente en 1890 en Liverpool se aumentan a 18 reglas para casos concretos. En 1924 se añadieron reglas de carácter general conteniendo los principios básicos de la Avería Gruesa.

Para 1950, 1974 y 1994 nuevas reuniones han realizado modificaciones a las normas a fin de mejorarlas y solventar problemas presentados en la práctica.

Se puede indicar que el auge y vigencia que han tenido estas reglas como fuente del Derecho Marítimo Internacional, es por contener *“soluciones prácticas, sencillas y eficaces a los problemas que ha planteado el Derecho Marítimo a través de la historia. De ahí su éxito entre navieros, cargadores y aseguradores”*⁷¹.

Su uso es aceptado a nivel internacional y su aplicación puede ser pactada entre las partes de negocio marítimo: *“Las reglas son de aplicación voluntaria, es decir, en tanto en cuanto la póliza de fletamento o el conocimiento de embarque contengan una cláusula de remisión a las mismas para liquidar las posibles averías comunes. Este carácter voluntario no empequeñece su enorme éxito en la práctica comercial, que permite a la doctrina considerarlas como un auténtico código internacional de la avería gruesa, dado, sobre todo, que el primer párrafo de su regla de interpretación establece que la aplicación de las mismas “excluye toda ley o práctica incompatibles con ellas”⁷².*

7.2 Código de Comercio de 1853, ley número 104 del 6 de junio de 1853

El Código de Comercio vigente a partir del 01 de junio de 1964, derogó el Código de Comercio de 1853, ley número 104 del 6 de junio de 1853, excepto en lo que respecta al Libro III, del Derecho Marítimo.

En relación con esta Codificación indica el abogado Federico Nassar que: *“Este conjunto normativo reviste particular interés para el estudio de la legislación marítima costarricense, en tanto se constituye el único intento codificador armónico que en materia de transporte marítimo registra nuestra historia, y en tanto integra las diversas actividades en forma homologada aunque, por responder a la realidad de aquella época, algunas de sus regulaciones han perdido contenido real”⁷³.*

En este Código se encuentran reguladas la figura de la Avería Gruesa y de la Echazón, las cuales han sido citadas en lo que interesa a lo largo de la presente investigación.

Conclusiones

La presente investigación se ha basado en el estudio de la figura de la Echazón, como uno de los tipos de Averías Gruesas, siendo de hecho la más antigua de éstas; razón por la cual se ha considerado pertinente estudiar la evolución histórica de estas figuras desde la Ley Rodia de los Griegos y hasta las Reglas de York Amberes, internacionalmente reconocidas como *lex mercatoria*, asimismo se conocieron los elementos propios de la Avería Gruesa.

Ha resultado importante la fundamentación de éstas figuras, basadas en la solidaridad que nace en los miembros de una aventura marítima y el interés común que nace en cada viaje, tendiente a compensar los daños y gastos soportados por las partes o una de ellas, en caso de un siniestro para la seguridad en común.

Podemos concluir que a pesar de la antigüedad de la institución de la Avería Gruesa, es claro que su sobrevivencia al pasar de los siglos, es por tratarse de una forma práctica y acertada de repartir las pérdidas que se producen en los siniestros marítimos importantes, por lo que lejos de entrar en desuso a través del tiempo se ha buscado mejorar y actualizar su regulación por medio de las Reglas de York-Amberes, las cuales son aceptadas internacionalmente.

En lo referente propiamente a la Echazón, siendo la raíz histórica de la Avería Gruesa, se puede decir que los casos son menos frecuentes como consecuencia de la modernización de las estructuras de las grandes embarcaciones, del uso de la tecnología satelital y el desarrollo de instrumentos meteorológicos que permiten predecir el comportamiento del tiempo en altamar, por lo cual los siniestros propios de barcos de vela y barcos más primitivos en los cuales era necesario aligerar el buque arrojando al agua todo o parte del cargamento o de la nave no son un problema típico en la actualidad.

No obstante lo anterior, la regulación de la Echazón como se estudió se encuentra también regulada en las Reglas de York Amberes, quedando cubierto su tratamiento en caso de este tipo de sucesos, por lo cual no ha sido necesario ni conveniente su eliminación de las Reglas dichas, toda vez que su regulación ha sido aceptada por los grupos de la comunidad marítima internacional y ha sido seguida por las legislaciones nacionales.

Es importante realizar una revisión y actualización de la legislación nacional en temas de Derecho Marítimo, toda vez que el Código de Comercio de 1853, que regula estos asuntos del mar se encuentra desactualizado, siendo lo idóneo mejorar el cuerpo normativo a fin de acercarse más a la realidad de los usos del comercio marítimo, y siendo lo ideal el seguimiento de lo dispuesto en estos temas por las Reglas de York-Amberes, por tratarse de la *lex mercatoria* internacionalmente aceptada.

Bibliografía

Libros

Arroyo, Ignacio. Compendio de Derecho Marítimo, Madrid: Editorial Tecnos, segunda edición, 2005, p.177.

Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Marítimo, México: Editorial Herrero S.A., primera edición, 1970.

Danjon, Daniel. Tratado de Derecho Marítimo, Tomo I, Madrid: Editorial Reus S.A., primera edición, 1931.

Danjon, Daniel. Tratado de Derecho Marítimo, Tomo III, Madrid: Editorial Reus S.A., primera edición, 1934.

Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo V. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, reimpresión de la séptima edición, 1987.

Nassar Pérez, Tomas Federico, Contratos de Derecho Marítimo. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1981.

Valenciano Góngora, Carlos Eduardo. La Avería Gruesa: Reflexiones críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido de la Lex Marítima. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008

⁷² Garrigues, Joaquín. Op. Cit. p. 415.

⁷³ Nassar Pérez, Tomas Federico, Contratos de Derecho Marítimo. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1981, p.25.

Revistas

VALENCIANO GÓNGORA, CARLOS E. El Desarrollo histórico-legislativo del Instituto de la Avería Gruesa en la Lex Marítima, en: Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Año 1, volumen 2, p.179.

Páginas de Internet

Aceituno Aldunate, José Manuel. El Seguro de Transporte. Chile: Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1997, p.79. Tomado de http://books.google.es/books?id=kd5ikk0mdKQC&pg=PA79&dq=subject:%22Law%22+echazon&hl=es&ei=PKPjTc-XNajr0QHrrKcBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEQQ6AEwBQ#v=twopage&q&f=true, consultado el 04 de junio de 2011, 17:50

Baeza Pinto, Sergio. Derecho Marítimo (Propedéutica). Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 57. Tomado de: http://books.google.es/books?id=jEeYYLTfllsC&pg=PA57&dq=aver%C3%ADa+gruesa&hl=es&ei=T83qTaqeLI6EgftzM3DAQ&sa=X&oi=book_result&ct=book-thumbnail&resnum=2&ved=0CDEQ6wEwAQ#v=onepage&q=aver%C3%ADa%20gruesa&f=false, consultado 04 de junio de 2011, 18:04 horas.

De Capmany, y de Monpalau, Antonio. Apéndice a las Costumbres marítimas del Libro del Consulado. Madrid: Imprenta de Sancha. 1791. p. 7, tomado de: <http://rodin.uca.es:8081/xmlui/handle/10498/7151>, consultada el 10 de abril de 2011.

El Comercio en la Edad Antigua, tomado de: <http://es.scribd.com/doc/55632273/El-Comercio-en-La-Edad-Antigua>, consultado el 04 de junio de 2011.

García-Ripoll Montijano, Marín, Illicitud, culpa y estado de necesidad (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil), Monografías de Derecho Penal, número 6, Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2006 p. 135, tomado de http://books.google.es/books?id=NWcJx5xKSikC&pg=PA138&dq=subject:%22Law%22+echazon&hl=es&ei=1qPjTZ7MLMbf0QHx2On3Bw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEwQ6AEwBzGM#v=onepage&q&f=false.

García Valiñas, María Soledad y Adler, Martín Germán, Derecho de la Navegación "Averías Gruesas", tomado de: <http://www.legislaw.com.ar/doctri/averiasgruesas.htm>, consultado el 04 de junio de 2011.

Luque Talavan, Miguel. La Avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio (Siglos XVI- XVIII), en: Revista Complutense de Historia de América, 1998, n°24, 113-145, p.126, consultado en: <http://revistas.ucm.es/ghi/11328312/articulos/RCHA9898110113A.PDF>, consulta: 10 de abril de 2011, a las 18:02 horas.

Méndez Beltrán, Thanya Patricia. Nociones generales del Derecho Mercantil, tomado de: <http://www.monografias.com/trabajos14/derecho-mercant/derecho-mercant.shtml>, consultado el 29 de octubre del 2011.

Ponce Fontana, Lucia. Estudio comparativo de la institución de la Echazón de Mercaderías en la legislación guatemalteca con distintas legislaciones latinoamericanas y en las Reglas de York y Amberes. Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho. Tomado de: <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4128.pdf>. Consulta realizada el 10 de abril de 2011, 17:32 horas.

Posición de la International Chamber of Shipping (ICS)- Mayo 2004, informe traducido por ANAVE, Avería Gruesa, en: ANAVE- B.I.A. n°427, junio 2004, tomado de <http://es.scribd.com/doc/33435746/Averia-Gruesa-Definicion>, consultado el 31 de mayo de 2011, 20:00 horas.

Targa, Carlos. Reflexiones sobre los Contratos marítimos, sacadas del Derecho Civil, y Canónico, del Consulado del Mar y de los usos marítimos, con las fórmulas de tales contratos. Madrid: Imprenta de Francisco Xavier García, 1753, p. 193. Tomado de: <http://books.google.es/books?id=tNmYs-TSddIC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

Legislación

Código de Comercio de 1853, (ley número 104 del 6 de junio de 1853).

IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, APLICABILIDAD REAL DE LA NORMATIVA COSTARRICENSE Y EL MODELO DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

*Juan Diego Elizondo Vargas**

Introducción

Probablemente en ningún momento de la historia del ser humano, lo concerniente a los datos personales y su protección ha tenido mayor importancia que en la actualidad. En la era digital en la cual nos encontramos inmersos, la obtención, así como el almacenamiento de información personal son aspectos esenciales. La tecnología ha llegado a un grado de avance que es probable que exista más información sobre una persona (tanto en ficheros de solvencia, en la red y en sistemas de información) de la que una persona se pueda imaginar. Los datos son utilizados por todo tipo de empresas, desde compañías de seguros y bancos hasta medios de comunicación sociales, pasando por motores de búsqueda y compañías de análisis de otorgamiento de crédito o inclusive por empresas para el otorgamiento de un empleo.

Todo este uso indiscriminado de la información va en detrimento de nuestro honor e intimidad personal y familiar. Los datos personales han cobrado tanto interés que ha requerido que se regule el uso que se hace de estos datos; se pretende que éstos

no anden a la libre, sin ningún control, sino que tengan un propósito que se considere legal y legítimo. De aquí la importancia de estudiar en qué consiste la protección de datos personales, qué comprenden estos datos, de qué manera pueden ser utilizados, qué derechos tienen las personas y cómo se pueden defender en caso de ser violentados. Nos encontramos frente a un tema bastante novedoso a nivel jurídico, que merece la pena desmarañar para que las personas estén más anuentes de sus derechos y no sean víctimas de ilegalidades.

Es de gran interés establecer qué modelo podemos seguir para que los datos personales sean protegidos y respetados como merecen. El caso de España es ejemplar, se encuentra a la vanguardia respecto al tema, al constituirse como un país que consagra la protección de datos personales como un derecho fundamental de manera real, donde las personas tienen acceso a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y cuenta con un organismo encargado de la efectiva protección y sanción a las entidades que transgredan la legislación imponiendo multas cuantiosas y suspendiéndolas en casos graves. Es por esto que se intentará

* Especialista en derecho notarial y registral U.C.R. y Especialista en Derecho Comercial U.C.R.

ir asociando en cada uno de los temas, lo que establece la normativa española para tener un punto de comparación para nuestra legislación.

Ante la discusión que existe en la actualidad a nivel europeo, sobre la sustitución de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, surge la interrogante a nivel nacional del estado actual de nuestra ley, publicada el 5 de setiembre del 2011, si resulta aplicable o se está aplicando en este momento y la labor que le espera en el futuro.

El tema es más complejo de lo que se pueda pensar, por lo que no pretendo hacer un análisis exhaustivo de esta ley, sino esbozar los aspectos más relevantes, para así provocar un interés en el tema que le permita a la persona ahondar con mayor detalle.

Precisiones conceptuales

Para iniciar resulta necesario abordar algunos términos relevantes para comprender de manera general el tema, precisar conceptos que ayuden a entender la protección de datos personales, qué se busca proteger y de qué manera lo pretende llevar a cabo.

Según lo señala la Universidad de Alcalá son datos de carácter personal “todos aquellos que se refieren a una persona física identificada, desde su nombre hasta cualquier otro que revele información sobre sus hábitos, preferencias, forma de vida, etc.”¹

Por otro lado, la Directiva de la Unión Europea 95/46/CE, en su artículo 2.a define el dato personal como:

“toda información sobre una persona identificada o identificable (...) se considerará identificable toda persona, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”²

La Directiva 95/46/CE constituye el texto de referencia, a escala europea, en materia de protección de datos personales. Crea un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea (UE). Con ese objeto, la Directiva fija límites estrictos para la recogida y utilización de los datos personales y solicita la creación, en cada Estado miembro, de un organismo nacional independiente encargado de la protección de los mencionados datos.

El artículo 3 de la Ley Orgánica Española de Protección de Datos Personales (Ley Orgánica 15/1999) utiliza una definición muy genérica de Datos de Carácter Personal:

“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Lo cual se asemeja bastante a lo que estipula la normativa costarricense de protección de datos personales.

Esta definición en la ley española ha sido ampliada por el artículo 5 del Reglamento de Desarrollo de la Ley de Protección de Datos Personales al referirse a los mismos como:

“cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Hay que tener presente que el nombre, los apellidos, la fecha de nacimiento, la dirección postal o la dirección de correo electrónico, el número de teléfono, el número de identificación fiscal, el número de matrícula del coche, la huella digital, el ADN, una fotografía, el número de seguridad social, son datos que identifican a una persona, ya sea directa o indirectamente.

Merece mención aparte lo concerniente a los datos personales denominados sensibles, por lo que estos implican. Son los datos que, de divulgarse de manera indebida, afectarían la esfera más íntima del ser humano. Ejemplos de este tipo de datos son: el origen racial o étnico, el estado de salud, la información genética, las creencias religiosas, filosóficas y morales, la afiliación sindical, las opiniones políticas y las preferencias sexuales. Estos datos requieren mayor protección y la Ley establece un tratamiento especial.

La ley costarricense en su artículo tercero, letra e, los define como: “información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.”

Derecho de protección de datos personales

La Constitución Europea ha recogido expresamente el derecho fundamental a la protección de datos en dos ocasiones, en la Parte I, Título VI (De la vida democrática de la Unión), el artículo I-51 (Protección de datos de carácter personal) establece en el epígrafe primero que “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan” y en la Parte II (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión), Título II (Libertades), se introduce en el artículo II-68 la segunda referencia al derecho a la protección de datos, señalando de nuevo que “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”, y añadiendo que “estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley”, y que “toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación”. Asimismo, en ambos preceptos se establece que una autoridad independiente se encargará de la garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales.

El derecho fundamental a la protección de datos personales consiste a tribuir al ciudadano el poder de disposición sobre sus datos, de modo que con base en su consentimiento, puedan disponer de los mismos. Es decir, es la persona titular de los datos quien tiene el control de su información y no al revés, como habitualmente había funcionado.

Según lo indica el artículo primero de nuestra ley de protección de la persona frente al

¹ https://portal.uah.es/portal/page/portal/proteccion_datos/datos_personales, accedido el 25-1-13.

² http://www.datacustody.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3&Itemid=7, accedido el 25-1-13.

tratamiento de sus datos personales, esta normativa tiene como objetivo:

*“garantizar a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada y demás derechos de la personalidad, así como la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes.”*³

El consentimiento es el eje central en torno al cual gira toda la ley, puesto que si no existe el consentimiento no podrán tratarse los datos salvo por ciertas excepciones. El artículo 5, punto 2 de la ley costarricense menciona que este consentimiento deberá constar por escrito, ya sea en un documento físico o electrónico, el cual podrá ser revocado de la misma forma, sin efecto retroactivo.

Continúa diciendo que no será necesario el consentimiento expreso cuando:

- a) Exista orden fundamentada, dictada por autoridad judicial competente o acuerdo adoptado por una comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo.
- b) Se trate de datos personales de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general.

- c) Los datos deban ser entregados por disposición constitucional o legal.⁴

Una persona facilita sus datos personales cuando abre una cuenta en el banco, cuando se matricula en un curso de idiomas, cuando se apunta al gimnasio, cuando solicita participar en un concurso, cuando reserva un vuelo o un hotel, cuando pide hora para una consulta médica, cuando busca trabajo, cada vez que efectúa un pago con su tarjeta de crédito, cuando navega por Internet. Son variados los rastros de datos que se dejan a menudo en todas estas gestiones.

Requisitos para la obtención de datos

Para que los datos de carácter personal puedan ser recolectados, almacenados o empleados estos, tanto la Directiva Europea, la legislación española como la costarricense establecen que tienen que cumplirse con los requisitos de:

- Actualidad: lo que implica que los datos deberán ser actuales, se deberán de eliminar de una base si dejan de ser pertinentes o necesarios, en razón de la finalidad para la cual fueron recibidos o registrados.
- Veracidad: deberán estar apegados a la verdad.
- Exactitud: los datos deberán ser exactos y completos, en cuanto a montos resulta de gran importancia.

derecho de oposición, el cual se contempla en caso de que la persona quiera oponerse al tratamiento de sus datos.

Derecho de Acceso

El derecho de acceso consiste en dirigirse al responsable o encargado de un fichero o tratamiento para conocer la totalidad de los datos personales que le afecten y así mismo, recibir una copia inteligible de los mismos, y cualquier información sobre su origen. Ejerciendo el derecho de acceso, la persona puede informarse de las finalidades del tratamiento, del tipo de datos registrados, de su origen, de los destinatarios de los datos y de las posibles transferencias de datos a otros países. En virtud del derecho de acceso, regulado en el art. 15 de la LOPD, el ciudadano puede solicitar y obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y de las comunicaciones realizadas o que se prevean realizar.

Derecho de Rectificación

Es el derecho a dirigirse al responsable de un fichero o tratamiento para que rectifique sus datos personales. La solicitud de rectificación debe indicar el dato que se estima erróneo y la corrección que debe realizarse y debe ir acompañada de la documentación justificativa de la rectificación solicitada.

Derecho de Cancelación

Este derecho ofrece al ciudadano la posibilidad de dirigirse al responsable para solicitar la cancelación de sus datos personales. Este derecho puede ejercerse

- Adecuación al fin: los datos tienen que ser recopilados con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines.

Derechos de los ciudadanos

La LOPD española desarrolla los siguientes derechos:

- El ciudadano tiene derecho a ser informado, en el momento que facilita sus datos personales. El responsable de un fichero tiene la obligación de informar a los ciudadanos de la incorporación de sus datos a un fichero, de la identidad y dirección del responsable, de la finalidad del fichero, de los destinatarios de la información, así como de la posibilidad de ejercitar los derechos correspondientes.
- El derecho de consulta permite al ciudadano, dirigiéndose al Registro General de Protección de Datos de la AEPD, conocer de la existencia de un fichero o tratamiento de datos.
- El ciudadano puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante el responsable de un fichero o de un tratamiento con el fin de conocer sus datos personales, para solicitar que sean modificados o cancelados, o bien para oponerse a su tratamiento

El caso costarricense es muy similar, en el tanto nuestra ley es muy similar a la legislación española. Contiene los derechos de acceso, rectificación y cancelación y a mi criterio implícitamente está incluido el

³ http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70975&nValor3=85989&strTipM=TC, accedido el 25-1-13.

⁴ *Ibidem*

cuando el tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la LOPD y, en particular, cuando los datos resulten inexactos o incompletos. En la solicitud de cancelación, el interesado debe indicar la existencia del dato erróneo o inexacto, en cuyo caso deberá acompañar la documentación justificativa.

Derecho de Oposición

Toda persona tiene la posibilidad de oponerse, por un motivo legítimo y fundado, referido a una situación personal concreta, a figurar en un fichero o al tratamiento de sus datos personales, siempre que una ley no disponga lo contrario. En principio, el ciudadano tiene la facultad de disponer y decidir sobre los usos de los datos personales que le conciernen, y por lo tanto, puede oponerse a aparecer en un determinado fichero o a que sus datos sean comunicados a terceros. Se ejercita mediante una solicitud por escrito dirigida al responsable del fichero o tratamiento, en la que se hagan constar los motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican el ejercicio de este derecho. En relación a los tratamientos de datos con fines de publicidad y de prospección comercial, los ciudadanos pueden ejercer el derecho de oposición y, a su simple solicitud, el responsable tiene que dar de baja sus datos personales en el tratamiento, cancelando de este modo las informaciones que figuraban en el mismo.

Mecanismos ante la transgresión de derechos

Tutela de Derechos

En el caso de España, en el cual es muy eficiente ante las reclamaciones de los

ciudadanos, en caso del ciudadano al que le haya sido denegado el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición puede ponerlo en conocimiento de la AEPD, para que ésta constate la procedencia o improcedencia de la denegación. Para solicitar la tutela de derechos, el ciudadano tiene que presentar en la AEPD un escrito, en el que se expresen con claridad sus datos, el contenido de la reclamación y los preceptos de la LOPD que considere vulnerados. La Agencia, a continuación, da traslado de la reclamación al responsable del fichero o tratamiento instándole para que, en el plazo de quince días, formule las alegaciones que estime pertinentes. Los procedimientos de tutela de derechos no tienen carácter sancionador, limitándose a estimar o desestimar las reclamaciones planteadas por los ciudadanos ante la Agencia. Sin embargo, en algunas ocasiones, los hechos constatados en los citados procedimientos pueden dar lugar a la iniciación de procedimientos sancionadores. Costa Rica ha abarcado de manera un tanto escueta este tema, puesto que no establece un proceso específico para el caso de que no se respeten los derechos de los ciudadanos, sino que hace referencia a una denuncia, en donde la persona puede denunciar ante la PRODHAB (Agencia que se encarga de velar por el cumplimiento de la Ley y proteger los derechos de los ciudadanos), que una base de datos actúa en contravención de las reglas o los principios básicos para la protección de los datos.

Procedimiento Sancionador

El artículo 27 de la Ley costarricense, establece que de oficio o a instancia de parte, la PRODHAB podrá iniciar un procedimiento tendiente a demostrar si una base de datos

regulada por esta ley está siendo empleada de conformidad con sus principios; para ello, deberán seguirse los trámites previstos en la Ley General de la Administración Pública para el procedimiento ordinario. Contra el acto final cabrá recurso de reconsideración dentro del tercer día, el cual deberá ser resuelto en el plazo de ocho días luego de recibido. El sistema Español funciona de la misma forma, al poderse dar por instancia de parte o de oficio.

Los arts. 43 a 49 de la LOPD española regulan el procedimiento sancionador que podrá tramitar la AEPD. Este procedimiento se inicia contra los responsables de ficheros cuando existan pruebas razonables de que se ha producido alguna infracción de los principios y garantías contenidos en la LOPD. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio mediante acuerdo del Director de la Agencia cuando existan pruebas razonables de que se ha producido alguna infracción de los principios y garantías contenidos en la LOPD.

El régimen sancionador establecido en los arts. 43 y siguientes de la LOPD española, articula las infracciones en tres tipos: leves, graves y muy graves. Esto va emparejado con lo establecido en el artículo 28 de nuestra normativa, en donde se estipulan las mismas tres categorías de faltas. Cabe señalar que las sanciones en el caso de España son sumamente altas, mucho más que en el resto de Europa, y suceden con frecuencia, lo que hace entrever que ahí el tema se lo toman en serio.

La Normativa Europea vs. Normativa Costarricense, aplicabilidad

Mientras Europa se mantiene discutiendo el nuevo proyecto de reglamento en donde se busca aumentar el control de los usuarios

sobre sus propios datos y reducir los costes para las empresas, en Costa Rica todavía nos encontramos asimilando nuestra ley que entró a regir hasta hace muy poco tiempo.

La Comisión Europea ha propuesto una reforma general de las normas de protección de datos de la UE de 1995 con objeto de ampliar los derechos a la privacidad en línea e impulsar la economía digital europea. El progreso tecnológico y la globalización han modificado profundamente las vías de obtención, acceso y utilización de los datos. Además, los 27 Estados miembros de la UE han aplicado las normas de 1995 de manera diferente, lo que ha creado divergencias en cuanto a su ejecución y cumplimiento. Mediante un único acto legislativo, se suprimirán la fragmentación y las costosas cargas administrativas actuales. Esta iniciativa contribuirá a reforzar la confianza de los consumidores en los servicios en línea y, con ello, otorgará un impulso muy necesario al crecimiento, la creación de empleo y la innovación en Europa.

Las propuestas de la Comisión actualizan y modernizan los principios consagrados en la Directiva sobre protección de datos de 1995 con el fin de preservar los derechos a la privacidad en el futuro. Constan de una Comunicación en la que se exponen los objetivos de la Comisión y dos propuestas legislativas: un Reglamento que establece un marco general de la UE para la protección de datos y una Directiva sobre la protección de los datos personales tratados con fines de prevención, detección, investigación o persecución de delitos y en relación con las actividades judiciales correspondientes.

A nivel europeo, la práctica en el uso de la Directiva y las leyes en cada uno de los países,

han permitido visualizar modificaciones para mejorar la protección de los datos personales. Entre los temas de mayor importancia están que siempre que el tratamiento de los datos exija el consentimiento del interesado, deberá dejarse claro que dicho consentimiento debe obtenerse explícitamente y no presuponerse. El “derecho al olvido” ayudará a los ciudadanos a gestionar mejor los riesgos inherentes a la protección de los datos en línea: los usuarios podrán borrar sus datos cuando no existan razones legítimas para conservarlos, esto hará que las personas confíen más en internet, en especial en nuestros días en donde existen muchas plataformas de información, como facebook, twitter, linkedIn, google+, etc.

Costa Rica por el momento se encuentra en pañales en el tratamiento de la materia, pese a existir legislación al respecto, existe mucho desconocimiento en torno al tema. Las instituciones públicas han sido las principales culpables de la desprotección de datos, puesto que éstas se han dedicado a vender información a empresas recopiladores de datos. El proceso de asimilación de la Ley en nuestro país ha sido lento, la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes se conformó 6 meses después de haberse publicado la Ley, y el Reglamento más de un año después. Las empresas que deberían estar ya preparadas para la entrada en eficacia de la Ley en todo su ámbito de aplicación, han dicho no estar preparadas para cumplir con ella, según lo estableció un artículo de El Financiero, lo cual es preocupante y poco alentador.

También existe la interrogante sobre la preparación que puedan tener quienes conforman la Agencia, si han sido capacitados en torno al tema, qué tan empapados están

respecto la protección de datos personales en Europa, quien es la que lleva la batuta respecto a la materia. Existen muchas dudas al respecto, las personas no están familiarizadas con los derechos que les atañen, son muchos años de soportar los abusos de empresas que han dispuesto de la información de los ciudadanos sin ningún tipo de control. Para muchas personas es normal vivir recibiendo mensajes promocionales en su celular sin haber consentido con ello, o que las empresas comercialicen sus datos al mejor postor. Todo esto tiene que acabar, y para que esto sea así, las personas tienen que estar conscientes de cómo el sistema los puede proteger, cosa que en ningún momento ha hecho el Gobierno en la población, es la desinformación la que prevalece y es evidente que debe existir un cambio cultural. Existe un gran desafío adelante, puesto que muchas situaciones que se suscitaban en el pasado ya no serán aceptables jurídicamente, lo que permite establecer que en el futuro tendrá gran preponderancia esta Ley y su Agencia, en su prosecución de proteger a los ciudadanos y sus datos personales.

Conclusión

Cabe concluir que el tema aquí apenas empieza a calentar, se está apenas preparando el terreno para lo que se viene, va a empezar a tomar importancia conforme entré en funcionamiento real la ley, el Reglamento, la Agencia, y las personas empiecen a enterarse de los derechos que tienen y los mecanismo que pueden ejercer frente a las compañías inescrupulosas que utilizan sus datos de manera ilegítima. Como se pudo apreciar en este estudio, es fundamental la importancia que tiene la protección de datos personales en la

actual era digital, en donde la información se encuentra en todos lados y se moviliza rápidamente. Es de gran importancia, conocer los diferentes conceptos que integran este entramado normativo, así como los derechos y mecanismos para protegerlos. Sirve como modelo a seguir el español, el cual apoyado en una directiva europea, se ha encargado de hacer una ley acorde a las exigencias de la época y la ha aplicado de manera efectiva.

De igual forma, mientras la Unión Europea sigue avanzando en el tema, al discutir un nuevo reglamento de protección de datos personales, basándose en los últimos avances tecnológicos y las necesidades actuales, Costa Rica está por el momento en un modo de “stand by”, hasta que empiece a funcionar de manera real la ley, con el pensamiento positivo que tengamos la capacidad para afrontar lo que se avecina.

LOS INCOTERMS 2010 Y SU APLICACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Licda. Paula María Chavarría Chavez

En el marco del proceso de globalización, las significativas transformaciones que operan en el campo político, social y especialmente económico, representan importantes desafíos en la esfera jurídica. Estos retos requieren de la intervención de un Derecho que, de forma innovadora, se adecue a estos cambios y se constituya en un instrumento que, logre garantizar, tanto el desarrollo constante de mejores mecanismos de cooperación internacional, como la regulación efectiva de los mercados, pero sin imponer exigencias que puedan distorsionar el libre tráfico de bienes. En este contexto es que representa gran importancia el estudio de términos comerciales que faciliten esta tarea como lo son los INCOTERMS.

En razón de lo anterior, este artículo intentará exponer de la forma más clara posible la utilidad, función y aspectos más relevantes de las reglas que se refieren a los últimos INCOTERMS, publicados en el 2010 que, de acuerdo con la definición que nos ofrece el doctor Víctor Pérez, *“son recopilaciones de términos del comercio internacional con los que se expresan las obligaciones de compradores y vendedores. Ellos ayudan a eliminar barreras lingüísticas y dan seguridad jurídica a las relaciones comerciales.”*¹

Propiamente en relación con los INCOTERMS 2010 la misma Cámara de Comercio Internacional (CCI) se ha referido a estos de la siguiente forma:

*“Las reglas Incoterms, que son las reglas de ICC sobre el uso de términos comerciales nacionales e internacionales, facilitan la gestión de los negocios globales. La referencia a una regla Incoterms 2010 en el contrato de compra venta define con claridad las obligaciones respectivas de las partes y reducen el riesgo de complicaciones jurídicas.”*²

Los INCOTERMS no son solamente enunciados que buscan clarificar las relaciones entre vendedores y compradores en el contexto del comercio internacional, sino que también, constituyen verdaderas normas mundialmente aceptadas con el fin de brindar el orden y la seguridad jurídica que requieren las transacciones en materia comercial.

Los INCOTERMS, desde su creación han sufrido cambios constantes a través de los años. Sin embargo, el objetivo de la CCI ha sido sistematizar la utilización de reglas que ya regían el comercio mundial,

¹ Pérez Vargas, Víctor. Los INCOTERMS 2000. Revista Ivstitia, número 164-165, 2000, p. 4-8.

² Cámara de Comercio Internacional. Incoterms 2010. Barcelona: Comité Español Cámara de Comercio Internacional, 2010, p. 6.

lo cual es común en el Derecho Comercial Internacional y, se puede decir que una de sus principales características. El hecho de que el comercio sea tan dinámico, requiere que las leyes se vayan adaptando a las diversas negociaciones entre comerciantes, pero esto no siempre logra hacerse con la rapidez con la que mutan las relaciones comerciales hacia formas más eficientes y rentables de transar, razón por la cual muchas veces sucede que primero ocurren las relaciones jurídicas y luego son sistematizadas en normas escritas, como ha sucedido en el caso de los INCOTERMS.

En virtud de lo anterior, y con el fin de mantener efectivas dichas disposiciones es que históricamente se ha dado la necesidad de que éstas sean revisadas y ampliadas cuando la coyuntura comercial lo amerite, lo cual permite la evolución de éstas de acuerdo con el contexto socio-económico en el cual se desenvuelven.

El desarrollo que han tenido los INCOTERMS a través del tiempo ha permitido agregar o suprimir elementos para ajustarlos a las necesidades mercantiles del momento histórico cuando deben ser aplicados. Sin embargo, se puede determinar como uno de los avances más importantes en este campo el que estos hayan sido modificados con el fin de adecuarlos a la era digital, estableciendo regulaciones específicas para el intercambio de información a través de medios electrónicos.

Elementos básicos de la aplicación de los INCOTERMS

Con respecto a la aplicación de los INCOTERMS en las operaciones de compraventa, existe la opción, según dichos términos

comerciales, de que la responsabilidad del vendedor se circunscriba solamente a entregar la mercancía en su propio negocio sin tener que soportar las cargas generadas por fletes y/o seguros para transportar ésta hasta ponerla a disposición del comprador, por lo que será, entonces, el comprador quien asuma los gastos y riesgos de la entrega de la mercancía. Sin embargo, existe también la posibilidad de que sea el vendedor quien asuma dichos costos. Tanto en el primero como en el segundo caso es importante que sea determinado con precisión el punto de entrega de la mercancía ya que esto dictará los efectos de la transacción sobre la responsabilidad de cada una de las partes del contrato de compraventa. La determinación de estos aspectos es justamente donde las reglas de los INCOTERMS encuentran su campo de acción.

En este sentido, al llevarse a cabo el suministro de las mercancías conforme con el contrato por parte del vendedor, el comprador adquiere la obligación de pagar el precio y dependiendo del INCOTERM que se esté aplicando una de las partes o ambas asumen la obligación de tramitar las licencias, autorizaciones y formalidades, igualmente sucederá respecto de los contratos de transporte y seguro, como también lo relativo a la entrega y recepción de ésta.

Es importante resaltar que los puntos sobre los cuales coinciden los autores que se refieren a los elementos de los INCOTERMS son esencialmente: distribución de los gastos, transmisión de los riesgos, lugar y forma de entrega, diligencias documentales, pero el contrato de compraventa internacional contempla otras situaciones que, a pesar de ser de gran relevancia para las transacciones mercantiles, no están contemplados dentro de

los INCOTERMS, como lo es, por ejemplo, la determinación del precio de las mercancías.

Función de los INCOTERMS y su relación con las transacciones internacionales

Las funciones de los INCOTERMS a través del tiempo han sido diversas, ya que empezaron siendo aplicados con el objetivo de facilitar una interpretación uniforme a los términos comerciales empleados con más frecuencia en los contratos de compraventa internacional, brindando con esto un marco regulatorio necesario para darle seguridad a la negociación de dichos acuerdos, lo cual pudo lograrse gracias a la sistematización que le dio a estos términos la Cámara de Comercio Internacional.

Asimismo, al haberse constituido como un método de identificación, reconocible por las partes contratantes evita discusiones entre éstas y despeja incertidumbres acerca de los usos, costumbres y conceptos que se conceden a los términos comerciales en países diferentes. Es una forma de lograr la armonización de las transacciones comerciales.

Dentro de las funciones de estos términos internacionales de comercio está el evitar equivocaciones y eventualmente disputas, ofreciendo un conjunto de expresiones uniformes, lo que permite un ahorro de tiempo y recursos en las transacciones internacionales. Para que esto ocurra debe existir autonomía de la voluntad de los contratantes y que en virtud de esto acuerden la aplicación del término que mejor se adapte a las necesidades del negocio que están realizando.

Se debe mencionar en este contexto, que los INCOTERMS establecen mínimos, teniendo las partes intervinientes la posibilidad de desarrollar otras obligaciones que se agreguen a las normas básicas establecidas. Además, se debe tener en cuenta que las cláusulas especiales contempladas en los contratos de compraventa prevalecen sobre lo preceptuado en las reglas generales contenidas en los INCOTERMS. Esto se debe a que pueden existir temas que impliquen intereses recíprocos y circunstancias específicas.

Finalmente, es importante destacar que las partes al acordar el contrato de compraventa optarán por los INCOTERMS que más se acomoden a sus necesidades y requerimientos, teniendo en cuenta las circunstancias que rigen los mercados, los productos, y la obtención de las licencias para comerciar estos.

Clasificación y disposiciones de los INCOTERMS 2010

Los INCOTERMS constituyen un conjunto de reglas internacionales, redactadas por la Cámara de Comercio Internacional, las cuales determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional. A los INCOTERMS se les ha denominado, también, cláusulas de precio, pues cada término implica elementos que permiten determinar los costos en que incurrirán las partes para la entrega final de la mercancía. Sin embargo, aún cuando la selección del término comercial influye sobre el costo del contrato, los INCOTERMS no se refieren al tema del precio en ninguna de sus regulaciones.

Como se mencionó anteriormente, los INCOTERMS refieren varios puntos fundamentales del contrato de compraventa internacional, como lo son: la entrega de mercancías, la transmisión de riesgos, la distribución de gastos y los trámites de aduaneros.

De esta forma, es importante destacar que respecto de la entrega de las mercancías, éstas pueden ser entregadas al comprador propiamente, cuando es así, generalmente, se utilizan los términos “E” y “D”; o cuando la mercancía es entregada a un intermediario, que puede ser un transportista, se utilizan más comúnmente los términos “F” y “C”.

En relación con la transmisión de riesgos, la base de los INCOTERMS para definir la transmisión de riesgos se circunscribe a un momento específico y espacio geográfico determinado. El mencionado espacio geográfico puede referirse a una fábrica, muelle, frontera, etc.; por su parte, el momento estará determinado por el plazo de entrega de la mercancía. La unión de ambos elementos producirá la transmisión de los referidos riesgos y gastos.

En este punto, es relevante acotar que no se debe confundir la transmisión de los riesgos con la transmisión de la propiedad, la cual será regulada por la legislación que rijan el contrato de compraventa para el caso particular.

Al referirse a la distribución de los gastos, dependiendo del INCOTERM que se esté aplicando puede ocurrir que el vendedor se haga cargo de los gastos de transporte, incluyendo lo relativo al seguro, hasta el punto de destino, a pesar de que la transmisión de los riesgos es en el origen; o que sea el

3 Ibid. p. 9.

comprador quien asuma los gastos relativos con la entrega. Este punto se encuentra relacionado, entre otros aspectos, además del seguro (al cual se hará referencia más adelante en el presente artículo) con los trámites aduaneros que deben llevarse a cabo, ya que estos implican, también, un costo para la parte que asuma esta responsabilidad, aún cuando dicho costo puede ser reembolsado, si corresponde, según lo pactado.

En este sentido, se puede decir que, en general, la exportación es responsabilidad del vendedor; sólo existe un término comercial desde el cual el vendedor no brinda el despacho aduanero de exportación: el INCOTERM EXW o Ex Works, en el cual será el comprador el responsable de dichos trámites de exportación.

Es importante tener clara la aplicación de los INCOTERMS, según el transporte que se pretenda utilizar para el transporte de la mercancía, sea éste multimodal o marítimo, ya que esto determinará el término que será más conveniente incluir en el contrato de compraventa, dependiendo del caso.

En este sentido, con respecto al transporte la CCI ha expuesto que: “El primer grupo incluye las siete reglas Incoterms® 2010 que pueden utilizarse con independencia del modo de transporte seleccionado y de si se emplean uno o más modos de transporte. EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP y DDP pertenecen a este grupo. Pueden usarse incluso cuando ni siquiera existe transporte marítimo. Es importante recordar, no obstante, que estas reglas pueden emplearse en los casos en que se utiliza un buque en parte del transporte.”³

lugar acordado, lo cual brinda la posibilidad de una mayor flexibilidad en relación con el punto de entrega.

Transmisión de los costos y riesgos, según los INCOTERMS 2010

Entre los principales objetivos de los INCOTERMS se encuentra establecer criterios definidos sobre la distribución de los gastos y la transmisión de los riesgos entre las partes participantes en un contrato de compraventa. Como lo expresa el doctor Víctor Pérez: “Los INCOTERMS regulan el lugar de entrega y el régimen de transferencia de riesgos, costos y obligaciones. También, hacen referencia a aranceles aduaneros y otros impuestos o tasas de exportación e importación -customs clearance-.”⁵

El riesgo de pérdida de las mercancías, los gastos relacionados con los trámites que implica la transferencia, así como los gastos de seguro de ésta, se transmiten del vendedor al comprador una vez que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar las mercancías. Es por esto que el momento de la transmisión de dichos riesgos y costos dependerá del INCOTERM que se esté utilizando en el contrato.

A propósito de este tema, el doctor Víctor Pérez comenta también lo siguiente: “El vendedor debe poner a disposición los bienes identificados y separados (pues sólo así se transmite el riesgo en el momento pactado; los riesgos se transmiten cuando individualiza y separa los bienes y los pone

Asimismo, el Presidente de la Cámara de Comercio en el momento cuando fueron aprobados los INCOTERMS 2010, continúa diciendo respecto del segundo grupo que: “En el segundo grupo de reglas Incoterms® 2010, el punto de entrega y el lugar al que la mercancía se transporta a la empresa compradora son ambos puertos; de ahí la etiqueta de reglas “marítimas y de vías navegables interiores”. FAS, FOB, CFR y CIF pertenecen a este grupo. En las tres últimas reglas Incoterms, todas las menciones a la borda del buque como punto de entrega, se han suprimido en favor de la entrega de la mercancía cuando esté “a bordo” del buque. Refleja con más precisión la realidad comercial actual y evita la imagen, bastante anticuada, del riesgo oscilando de un lado a otro sobre una línea perpendicular imaginaria.”⁴

Estas modificaciones se deben tomar en cuenta en el momento de decidir el INCOTERM que se aplicará en un contrato de compraventa, y representan, además una reestructuración de la forma como se dividen los INCOTERMS 2010 respecto de los INCOTERMS 2000, ya que no solo se redujo el número de términos de 13 a 11, sino que también, se eliminaron ciertos términos de negociación como DAF, DES, DEQ y DDU, adicionándose en cambio dos nuevos términos: DAT, el cual se puede utilizar para todo tipo de transporte, especialmente marítimo y se refiere a entrega de la mercancía en el puerto de destino, después de descargado. Se sumó, también a esta lista DAP, el cual reemplaza a DAF y DDU, se puede usar para todo tipo de transporte y se refiere a entregas en el país de destino en un

4 Ibid. p. 10.

5 Pérez, Op. cit, p. 4-8.

a disposición del comprador en el lugar designado –TRADITIO FICTA-.), asumiendo costos de pesaje, chequeo, conteo y entregar bienes y facturas o el equivalente mensaje electrónico, en el lugar convenido. Debe asistir en licencias. Debe empacar según usos. El comprador debe pagar el precio, recibir las mercancías y hacerse cargo de ellas. A partir de ese momento asume riesgos y gastos (siempre que se hayan dado la identificación y el empaque).⁶

Para determinar la transmisión de riesgos respecto a lo que establecen específicamente los INCOTERMS 2010 haremos una breve descripción de cada término.

En el INCOTERM “EXW” (En fábrica), la entrega se realiza cuando la mercancía se pone a disposición del comprador en el punto acordado, pero sin estar cargada en ningún medio de transporte, tal como se expresa en el propio texto de los INCOTERMS 2010:

“El vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a disposición del comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar de entrega designado, y no cargada en ningún vehículo de recogida. Si no se ha acordado un punto específico en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede elegir el punto que mejor le convenga. El vendedor debe entregar la mercancía en la fecha acordada o dentro del plazo acordado.”⁷

Es importante destacar que se le otorga la potestad al vendedor, según lo que establecen estas disposiciones, de entregar la mercancía dentro de un plazo acordado y no

necesariamente en una fecha determinada, pero se debe tener en cuenta que para proceder de esta forma es clave lo que se haya pactado en el contrato de compraventa y sobre todo la notificación para realizar la entrega, ya el comprador debe proceder a la recepción de la mercancía cuando se haya cumplido con la entrega y se le ha notificado al respecto.

Dado lo anterior, la transmisión de riesgos al darse la entrega de la mercancía en el término “EXW”, implicará que el vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado, según lo dicho, con la excepción de lo que establece el apartado B5 de los INCOTERMS 2010 el cual expresa que:

“Si el comprador no da aviso de acuerdo con B7, corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo acordado para la entrega, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”⁸

Lo anterior, resalta la importancia de la comunicación entre las partes que acuerden un contrato de compraventa, especialmente en lo que se refiere a la notificación en el momento de la entrega de la mercancía.

En lo que se refiere a los costos, según lo que establece el apartado A6 el vendedor debe pagar todos los costos relativos a la mercancía hasta que se haya entregado, los cuales serán diferentes a los gastos que le corresponde asumir al comprador, mismos que se establecen en el apartado B6:

“El comprador debe:

- a) pagar todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4;
- b) pagar cualquier costo adicional contraído, tanto por no proceder a la recepción de la mercancía cuando se ha puesto a su disposición como por no dar aviso apropiadamente de acuerdo con B7, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato;
- c) pagar, cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos y demás gastos, así como los costos de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la exportación; y
- d) reembolsar todos los costos y gastos en que haya incurrido el vendedor al prestar su ayuda como se prevé en A2.”⁹

Antes de continuar el análisis de los siguientes términos, respecto del tema de los riesgos, es de relevancia mencionar lo que expresa el siguiente autor en el marco de los INCOTERMS 2010:

“Las cláusulas A5 regulan la transmisión del riesgo de contraprestación. Es decir, el riesgo de que las mercancías se pierdan o dañen por caso fortuito o fuerza mayor. Si el deterioro o la avería de la carga es imputable a una de las partes del contrato de com-

praventa, no se trata de un problema de distribución del riesgo, sino de incumplimiento contractual que genera la correspondiente responsabilidad. Pero las Reglas Incoterms no regulan el incumplimiento ni la responsabilidad, debiendo acudir al Derecho aplicable al contrato de compraventa.”¹⁰

Se debe tener claro lo anterior, dado que si bien el análisis de los INCOTERMS 2010 se realiza en el marco del contrato de compraventa, es importante dejar claro que estos términos no cubren todos los aspectos que se refieren a este tipo de contratos y al ser propiamente los INCOTERMS 2010 el objeto de estudio se profundizará solo en los puntos que a estos respecta.

En este mismo orden de ideas, es de relevancia destacar lo que indica el autor recién mencionado en relación con el tema de la entrega: “La entrega constituye el único punto crítico de la transmisión del riesgo. De ese modo, si las pérdidas y averías se producen antes de la puesta a disposición del comprador o de la consignación al porteador, el vendedor no tendrá derecho al precio convenido. En caso de que desee cobrarlo deberá proporcionar un nuevo cargamento al comprador, siempre que no haya transcurrido el plazo concedido. Si la pérdida o la avería de los efectos vendidos se producen después de la entrega, el riesgo grava sobre el comprador: deberá pagar el precio acordado a pesar de que las mercancías adquiridas se han deteriorado, dañado o desaparecido.”¹¹

6 Ibid. p. 4-8.

7 Cámara de Comercio Internacional, Op. cit, p. 6.

8 Cámara de Comercio Internacional, Op. cit, p. 21.

9 Idem.

10 Górriz López, Carlos. Reglas Incoterms 2010. Recuperado de http://www.cambrabcn.org/c/document_library/get_file?folderId=14268&name=DLFE-98626.pdf, 2011.

11 Idem.

Se continuará con la descripción de los de riesgos y costos respecto del término siguiente dentro de la categorización que establece el texto de los INCOTERMS 2010 para las reglas aplicables al grupo que se refiere a cualquier modo o modos de transporte:

Según el término “FCA” (Franco porteador), el vendedor debe entregar la mercancía al porteador o a otra persona designada por el comprador ya sea en el punto acordado, en el lugar designado, en la fecha acordada o dentro del plazo acordado y la entrega se considera completa en los siguientes casos:

“a) Si el lugar designado son las instalaciones del vendedor, cuando la mercancía se ha cargado en los medios de transporte proporcionados por el comprador.

b) En cualquier otro caso, cuando la mercancía se pone a disposición del porteador o de otra persona designada por el comprador en los medios de transporte del vendedor preparada para la descarga.

Si el comprador no ha notificado un punto específico, según lo indicado en B7 d) en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede elegir el punto que mejor le convenga.”¹²

Es importante destacar que el vendedor puede entregar la mercancía para el transporte en la manera como lo requiera, tanto la naturaleza como la cantidad de ésta, a menos que el comprador lo notifique al vendedor de otro modo y

en cualquier caso el comprador debe proceder a la recepción de la mercancía cuando se haya entregado de acuerdo con lo establecido previamente.

La transmisión de los riesgos ocurrirá cuando se realice la entrega, según lo mencionado supra y el vendedor correrá con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía una vez que esto se lleve a cabo, con la excepción de la pérdida o daño causados en el caso de que:

“a) el comprador no notifica de acuerdo con B7 la designación del porteador u otra persona como se prevé en A4 o no da aviso; o
b) el porteador o la persona designada por el comprador como se prevé en A4 no se hace cargo de la mercancía.”¹³

En razón de esto, el comprador deberá asumir todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía:

“(i) desde la fecha acordada o, en ausencia de una fecha acordada,
(ii) desde la fecha notificada por el vendedor, según A7 dentro del plazo acordado; o, si no se ha notificado tal fecha,
(iii) desde la fecha de expiración de cualquier plazo acordado para la entrega.

Siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”¹⁴

En relación con los costos, al igual que en “EXW” el vendedor debe pagar todos los costos relativos a la mercancía hasta que se

haya entregado, los cuales serán diferentes a los gastos que le corresponde asumir al comprador descritos en B6. Sin embargo, en este caso el vendedor deberá pagar también, cuando le sea aplicable, los gastos relativos a los trámites de aduana, al igual que los derechos, impuestos y gastos relacionados con la exportación.

Cuando se utiliza el término “CPT” (Transporte pagado hasta) el vendedor tiene la obligación de poner la mercancía en poder del porteador en la fecha o plazo previamente determinado en el contrato de compraventa y el comprador debe recibir la mercancía del porteador en el lugar de destino designado cuando ésta sea entregada, según lo pactado.

De esta forma, hasta tanto no se haya entregado la mercancía, el vendedor asumirá los riesgos de pérdida o daño, salvo cuando la pérdida o daño sea responsabilidad del comprador desde las siguientes circunstancias:

“Si el comprador no da aviso de acuerdo con B7, debe correr con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo acordado para la entrega, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”¹⁵

En relación con los costos, el vendedor debe pagar todos los costos relativos a la mercancía hasta que se haya entregado, los cuales serán diferentes a los gastos que le corresponde asumir al comprador, tal como en los casos anteriores.

Sin embargo, en este INCOTERM el vendedor no solo deberá pagar, cuando le sea aplicable, los gastos relativos a los trámites de aduaneros, con los derechos, impuestos y gastos relacionados con la exportación, sino que también, deberá hacerse cargo del flete y demás costos, incluyendo los relativos a la carga y descarga de la mercancía que establezca el contrato de transporte.

En su caso el comprador deberá pagar:

- “a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4, excepto, cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la exportación como se refieren en A6 c);
- b) todos los costos y gastos relativos a la mercancía mientras está en tránsito hasta su llegada al lugar de destino acordado, salvo que tales costos y gastos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte;
- c) los costos de descarga, salvo que dichos costos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte;
- d) cualquier costo adicional contraído si el comprador no da aviso de acuerdo con B7, desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo fijado para la expedición, siempre que la mercancía haya sido identificada claramente como la mercancía del contrato; y

¹² Cámara de Comercio Internacional, Op. cit, p. 28.

¹³ Ibíd. p. 29.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Cámara de Comercio Internacional, Op. cit, p. 41.

- e) cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos y demás gastos, así como los costos de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la importación de la mercancía y los costos de su transporte a través de cualquier país, salvo que estén incluidos en el costo del contrato de transporte.”¹⁶

Se debe recalcar que el deber de notificación es un aspecto recurrente en lo que se refiere a los INCOTERMS, ya que como se puede constatar por lo dicho anteriormente, si no se cumple con este deber, existirá el riesgo de tener que asumir gastos adicionales a los establecidos en el contrato de compraventa, lo cual se podría evitar realizando el aviso debido de la entrega a la contraparte.

A propósito de lo expuesto hasta ahora y de lo que se describirá a continuación, es relevante mencionar que: “Los términos «C» constituyen una excepción pues, a pesar de ser ventas a la salida, el vendedor debe contratar el transporte en nombre propio y pagar el porte. En esos casos, existe un doble punto crítico: los riesgos se transmiten con la entrega al porteador (CPT y CIP) o con la puesta de las mercancías a bordo (CFR y CIF), mientras que los costes se transmiten con la llegada a destino. O, mejor dicho, el vendedor debe pagar el precio del transporte y, además, los costes de esa operación que sean de cuenta suya, según el contrato de transporte. Pero cuando el desplazamiento de las mercancías genere gastos que no estaban contemplados en el contrato de transporte, serán de cuenta del comprador. El caso típico sería el del trasbordo de

la carga a consecuencia de fenómenos climatológicos.”¹⁷

En el caso del término “CIP” (Transporte y seguro pagados hasta) el vendedor debe entregar la mercancía poniéndola en poder del porteador contratado en la fecha o dentro del plazo establecido previamente en el contrato y el comprador debe recibirla del porteador en el lugar de destino designado de acuerdo con lo pactado.

Hasta el momento de la entrega, el vendedor deberá asumir los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía, salvo cuando la pérdida o daño sea responsabilidad del comprador si éste no da aviso en la fecha o el plazo acordado para la entrega. Lo anterior se cumplirá solo si la mercancía ha sido identificada como la mercancía objeto del contrato.

En relación con los costos, el vendedor debe pagar todos los costos relativos a la mercancía hasta que se haya entregado, todos los que no correspondan al comprador según se disponga. Además, el vendedor debe pagar también el flete y todos los otros costos resultantes de la carga y descarga de la mercancía que estuvieran incluidos en el contrato de transporte, así como los costos del seguro y gastos en trámites aduaneros necesarios para la exportación, incluyendo derechos e impuestos, cuando corresponda.

Por su parte, al comprador le corresponderán los gastos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado de acuerdo con el contrato, incluidos los costos

de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como derechos e impuestos, cuando sea aplicable.

Asimismo, el comprador debe asumir los costos relativos a la mercancía mientras está en tránsito hasta su llegada al lugar de destino acordado, a menos que dichos costos corran por cuenta del vendedor, según lo pactado en el contrato de transporte. El comprador debe pagar también costos de descarga, salvo que tales costos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte, cualquier costo adicional contraído si no brinda la notificación respectiva, y deberá asumir igualmente los costos de cualquier seguro adicional que él mismo haya solicitado.

Por su parte, el término “DAT” (Entregada en terminal) implica que el vendedor deberá entregar la mercancía en la terminal designada ya sea en el puerto o lugar de destino, según disponga el acuerdo, en la fecha o dentro del plazo pactado y el comprador procederá a recibirla habiéndose cumplido lo anterior.

El vendedor, hasta el momento de la entrega, deberá correr con los riesgos de pérdida o daño, salvo cuando la pérdida o daño sea responsabilidad del comprador, en cuyo caso éste deberá asumir los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado, de acuerdo con el contrato,

pero esto aplicará solo si:

- “a) el comprador incumple sus obligaciones de acuerdo con B2, entonces corre con

todos los riesgos resultantes de la pérdida o daño causados a la mercancía; o

- b) el comprador no da aviso de acuerdo con B7; entonces corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo acordado para la entrega, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”¹⁸

En lo que se refiere a los costos, el vendedor deberá asumir todos los costos relativos a la entrega de la mercancía que no le correspondan al comprador, además deberá correr con los costos de los trámites en aduanas necesarios para la exportación y demás derechos e impuestos aplicables.

En cambio, el comprador deberá asumir por su parte:

- “a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento en cuando se haya entregado como se prevé en A4;
- b) cualquier costo adicional contraído por el vendedor si el comprador incumple sus obligaciones de acuerdo con B2, o no da aviso de acuerdo con B7, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía del contrato; y
- c) cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la importación de la mercancía.”¹⁹

¹⁶ Idem.

¹⁷ Górriz López, Carlos. Reglas Incoterms 2010. Recuperado de http://www.cambrabcn.org/c/document_library/get_file?folderId=14268&name=DLFE-98626.pdf, 2011.

¹⁸ Cámara de Comercio Internacional, Op. cit, p. 65.

¹⁹ Idem.

El término “DAP” (Entregada en lugar) establece respecto de la entrega que esta ocurre cuando el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador preparada para la descarga sea: en los medios de transporte de llegada, en el punto acordado, en el lugar de destino designado, en la fecha acordada o dentro del plazo establecido previamente entre las partes. El comprador por su parte deberá recibirla, si se entregó adecuadamente, según lo pactado.

Como se dispone en términos anteriores, el vendedor deberá asumir los riesgos de pérdida o daño que pueda sufrir la mercancía hasta tanto ésta no se haya entregado, según lo acordado, haciendo la salvedad de aquello que le corresponda al comprador, según sea aplicable:

“El comprador corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4.

Si:

- a) el comprador incumple sus obligaciones de acuerdo con B2, entonces corre con todos los riesgos resultantes de la pérdida o daño causados a la mercancía; o
- b) el comprador no da aviso de acuerdo con B7; entonces corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo acordado para la entrega, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”²⁰

²⁰ Ibid. p. 73.

En el tema de los costos, el vendedor debe pagar todos los costos relativos a la mercancía hasta que se haya entregado, todos los que no correspondan al comprador, según se disponga.

Asimismo, el vendedor deberá pagar los gastos de descarga de la mercancía que estuvieran incluidos en el contrato de transporte, cuando estos le correspondan, así como los gastos en trámites aduaneros, derechos, impuestos y también los costos de transporte a través de cualquier país antes de que se realice la entrega.

Por su parte, al comprador le corresponderá pagar:

- “a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4;
- b) todos los costos de descarga necesarios para proceder a la recepción de la mercancía desde los medios de transporte de llegada en el lugar de destino designado, salvo que tales costos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte;
- c) cualquier costo adicional contraído por el vendedor si el comprador incumple sus obligaciones de acuerdo con B2, o no da aviso de acuerdo con B7, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía del contrato; y
- d) cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros así como todos

los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la importación de la mercancía.”²¹

El término “DDP” (Entregada derechos pagados) es el último de los términos que se refieren a las reglas para cualquier modo de transporte. En este caso, se considera que el vendedor entrega adecuadamente la mercancía cuando la pone a disposición del comprador lista para la descarga dentro del plazo o en la fecha pactada, en el lugar previamente acordado. El comprador deberá recibir la mercancía cuando se haya entregado apropiadamente, según lo pactado.

El vendedor deberá hacerse cargo de los riesgos de pérdida o daño que pueda sufrir la mercancía hasta que haya sido correctamente entregada al comprador, con la excepción de la pérdida o daño causados en manos de este último.

Los riesgos de pérdida o daño le corresponderán al comprador en los siguientes casos:

“El comprador corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4.

Si:

- a) el comprador incumple sus obligaciones de acuerdo con B2, entonces corre con todos los riesgos resultantes de pérdida o daño causados a la mercancía; o
- b) el comprador no da aviso de acuerdo con B7, entonces corre con todos los

²¹ Idem.

²² Ibid. p. 81.

riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo acordado para la entrega, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”²²

El vendedor debe pagar todos los costos relativos a la mercancía hasta que se haya entregado, costos diferentes de los que le corresponde pagar al comprador, según se disponga.

Además, el vendedor deberá pagar cualquier gasto de descarga en el lugar de destino que fuera por cuenta de éste, según el contrato de transporte; cuando así se haya pactado; los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación e importación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos del transporte a través de cualquier país antes de la entrega.

En el reparto de los costos el comprador deberá pagar:

- “a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4;
- b) todos los costos de descarga necesarios para proceder a la recepción de la mercancía desde los medios de transporte de llegada en el lugar de destino designado, salvo que tales costos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte; y
- c) cualquier costo adicional al contraído si incumple sus obligaciones de acuerdo

con B2 o si no da aviso de acuerdo con B7, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”²³

Antes de comenzar la descripción de los INCOTERMS que corresponden a las reglas para el transporte marítimo y vías navegables interiores, es relevante acotar lo referido, acerca del tema tratado hasta ahora, por el siguiente autor:

“Cabe matizar que las reglas Incoterms sí regulan un incumplimiento a la luz de la transmisión del riesgo. La cláusula B5 de todos los términos imputa al comprador los riesgos de pérdida o daño en caso de que no avise oportunamente acerca de la fecha concreta o del lugar de entrega, cuando tenía la facultad de concretarlos. Además, en el caso de las reglas FCA, FAS y FOB, el comprador también corre con el riesgo de pérdida o daño de las mercancías, aunque no se produzca la entrega, cuando no identifica al porteador o al buque que realizarán el transporte o el transportista no vaya a recoger las mercancías.”²⁴

Para constatar lo mencionado por dicho autor, es necesario continuar con el análisis de los términos que el mismo refiere, a lo cual nos avocaremos a continuación.

El término FAS (Franco al costado del buque) implica que el vendedor entrega efectivamente la mercancía cuando la pone al costado

del buque que previamente ha indicado el comprador en el punto de carga, en el puerto de embarque escogido. De igual forma, deberá entregar la mercancía en la fecha o dentro del plazo pactado en el contrato.

Además, este INCOTERM establece que lo anterior debe realizarse en la forma acostumbrada en el puerto, y el comprador deberá recibir la mercancía cuando se haya entregado de acuerdo como se ha previsto.

Sin embargo, se debe mencionar que: “si el comprador no ha indicado un punto de carga específico, el vendedor puede elegir el punto en el puerto de embarque designado que mejor le convenga. Si las partes han acordado que la entrega ha de tener lugar dentro de un plazo, el comprador tiene la opción de escoger la fecha dentro de dicho plazo.”²⁵

El vendedor asumirá los riesgos de pérdida o daño que pueda sufrir la mercancía hasta su entrega al comprador, con la excepción de la pérdida o daño causados por situaciones que atañen al comprador.

Los riesgos de pérdida o daño le corresponderán al comprador si:

- “a) el comprador no da aviso de acuerdo con B7; o
- b) el buque designado por el comprador no llega a tiempo, o no se hace cargo de la mercancía o deja de admitir carga antes del momento notificado de acuerdo con B7.”²⁶

²³ Idem.

²⁴ Górriz López, Carlos. Reglas Incoterms 2010. Recuperado de http://www.cambrabcn.org/c/document_library/get_file?folderId=14268&name=DLFE-98626.pdf, 2011.

²⁵ Cámara de Comercio Internacional, Op. cit, p. 90.

²⁶ Ibid. p.91.

haya identificado claramente como la mercancía del contrato; y

- c) cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos y demás gastos, así como los costos de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la importación de la mercancía y los costos de su transporte a través de cualquier país.”²⁷

Según el INCOTERM “FOB” (Franco a bordo) el vendedor entrega efectivamente la mercancía cuando la pone a bordo del buque que previamente ha indicado el comprador en el punto de carga, en el puerto de embarque escogido. De igual forma debe entregar la mercancía en la fecha o dentro del plazo pactado en el contrato.

Asimismo, al igual que en el INCOTERM anterior, se establece que lo mencionado debe realizarse en la forma acostumbrada en el puerto, y el comprador deberá recibir la mercancía cuando se haya entregado de acuerdo con lo pactado. Igualmente, si el comprador no ha indicado un punto de carga específico, el vendedor puede elegir el punto en el puerto de embarque designado que mejor le convenga.

El vendedor asumirá los riesgos de pérdida o daño que pueda sufrir la mercancía hasta su entrega al comprador, con la excepción de la pérdida o daño causados por circunstancias relativas al comprador.

El comprador deberá asumir todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía en caso de que no notifique la designación

Es importante acotar que también se hace la salvedad en este INCOTERM que el comprador deberá correr con los riesgos de pérdida o daño de la mercancía en la fecha determinada en el acuerdo o a la expiración del plazo del mismo, siempre que dicha mercancía haya sido identificada como es debido.

Desde este término comercial, el vendedor debe pagar los costos hasta la entrega de la mercancía (los no correspondientes al comprador) y si es del caso, también el vendedor deberá hacerse cargo de los costos relativos a los trámites en aduanas que se requieran para la exportación de la mercancía, incluyendo los respectivos derechos e impuestos y demás gastos.

La contraparte, el comprador, deberá hacerse cargo entonces del pago de:

- “a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4, excepto, cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la exportación como se refieren en A6 b);
- b) cualquier costo adicional contraído, bien porque:
 - (i) el comprador no da aviso apropiado de acuerdo con B7, o
 - (ii) el buque designado por el comprador no llega a tiempo, no puede hacerse cargo de la mercancía o deja de admitir carga antes del momento notificado de acuerdo con B7, siempre que la mercancía se

²⁷ Ibid. p.93.

del buque o si dicho buque previamente escogido por el comprador no llega a tiempo para que el vendedor pueda cumplir con la entrega, no se hace cargo de la mercancía, o se deja de admitir carga antes del momento cuando se notifica la entrega.

El comprador deberá correr con dichos riesgos:

- “(i) desde la fecha acordada o, en ausencia de una fecha acordada,
- (ii) desde la fecha notificada por el vendedor, según A7 dentro del plazo acordado; o, si no se ha notificado tal fecha,
- (iii) desde la fecha de expiración de cualquier plazo acordado para la entrega.

Siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.”²⁸

Respecto de los costos, al vendedor le corresponderá pagar los costos hasta la entrega de la mercancía, siempre que no sean correspondientes al comprador, también el vendedor deberá hacerse cargo de los costos relativos a los trámites en aduanas que se requieran para la exportación de la mercancía, incluyendo los respectivos derechos e impuestos y demás gastos.

El comprador deberá encargarse en su caso de:

- “a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4, excepto,

cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la exportación como se refieren en A6 b);

- b) cualquier costo adicional contraído, bien porque:
 - (i) el comprador no ha dado aviso apropiado de acuerdo con B7,
 - (ii) el buque designado por el comprador no llega a tiempo, no puede hacerse cargo de la mercancía o deja de admitir carga antes del momento notificado de acuerdo con B7, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía del contrato; y
- c) cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos y demás gastos, así como los costos de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la importación de la mercancía y los costos de su transporte a través de cualquier país.”²⁹

El término “CFR” (costo y flete) refiere que el vendedor entrega efectivamente la mercancía cuando la pone a bordo del buque. De igual forma debe deberá entregar la mercancía en la fecha o dentro del plazo pactado en el contrato, en la forma acostumbrada en el puerto, y el comprador procederá a su recepción en el momento de su entrega en el puerto de destino designado, según lo pactado.

En relación con los riesgos, el vendedor deberá asumir los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que

se haya entregado, con la excepción de la pérdida o daño causados en conexión con el comprador.

Por su parte, el comprador corre con todos los riesgos de pérdida o daño provocados a la mercancía respecto de la entrega si éste no da aviso a partir de la fecha acordada o a la fecha de expiración del plazo acordado para el embarque. Lo anterior, será aplicable si la mercancía ha sido debidamente identificada como el objeto del contrato.

En materia de costos, al vendedor le corresponderá pagar los costos hasta la entrega de la mercancía, los que no sean correspondientes al comprador. Asimismo, el vendedor deberá asumir el cargo del pago del flete, incluyendo los costos de carga y descarga de la mercancía, así como también los costos relativos a los trámites aduaneros que se requieran para la exportación de la mercancía, incluyendo los respectivos derechos e impuestos y demás gastos, tomando en cuenta los costos de transporte de la mercancía a través de cualquier país, si estos corresponden, según el contrato de transporte.

Como contraparte, el comprador estará obligado a pagar:

- “a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4, excepto, cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la exportación como se refieren en A6 c);

- b) todos los costos y gastos relativos a la mercancía mientras está en tránsito hasta su llegada al puerto de destino, salvo que tales costos y gastos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte;
- c) los costos de descarga, incluyendo los gastos de gabarra y de muellaje, salvo que tales costos y gastos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte;
- d) cualquier costo adicional contraído si no da aviso de acuerdo con B7, desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo acordado para el embarque, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía del contrato; y
- e) cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos y demás gastos, así como los costos de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la importación de la mercancía y los costos de su transporte a través de cualquier país salvo que estén incluidos en el costo del contrato de transporte.”³⁰

El último de los términos por señalar es “CIF” (costo, seguro y flete), en este caso el vendedor entrega la mercancía cuando la pone a bordo del buque, debiendo entregar la mercancía en la fecha o dentro del plazo pactado en el contrato, en la forma acostumbrada en el puerto, y el comprador procederá a su recepción en el momento de su entrega en el puerto de destino designado, según lo pactado.

²⁸ Ibid. p.101.

²⁹ Ibid. p.103.

³⁰ Ibid. p.113.

El vendedor deberá asumir los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado, con la excepción de la pérdida o daño causados en relación con el comprador.

El comprador, por su parte, deberá asumir los riesgos de pérdida o daño provocados a la mercancía respecto de la entrega si éste no da aviso a partir de la fecha acordada o a la fecha de expiración del plazo acordado para el embarque.

En relación con los costos, al vendedor le corresponderá pagar los costos hasta la entrega de la mercancía, siempre que no sean los que le corresponden al comprador. Además, el vendedor deberá correr con los gastos del pago del flete, incluyendo los costos de carga y descarga de la mercancía de acuerdo con el contrato de transporte, así como también, los costos relativos a los trámites aduaneros que se requieran para la exportación de la mercancía, incluyendo los respectivos derechos e impuestos y demás gastos, tomando en cuenta los costos de transporte de la mercancía a través de cualquier país, si estos corresponden, según el contrato de transporte.

El comprador respecto de los costos, debe hacerse cargo de una serie de aspectos como:

“a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento cuando se haya entregado como se prevé en A4, excepto, cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos

pagaderos en la exportación como se refieren en A6 d);

- b) todos los costos y gastos relativos a la mercancía mientras está en tránsito hasta su llegada al puerto de destino, salvo que tales costos y gastos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte;
- c) los costos de descarga incluyendo los gastos de gabarra y de muelle, salvo que tales costos y gastos fueran por cuenta del vendedor, según el contrato de transporte;
- d) cualquier costo adicional contraído si no da aviso de acuerdo con B7, desde la fecha acordada o la fecha de expiración del plazo acordado para el embarque, siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía del contrato;
- e) cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos y demás gastos, así como los costos de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la importación de la mercancía y los costos de su transporte a través de cualquier país, salvo que estén incluidos en el costo del contrato de transporte; y
- f) Los costos de cualquier seguro adicional proporcionando a petición del comprador, según A3 b) y B3 b).”³¹

Luego de realizado el análisis de la transmisión de riesgos y costos respecto de los contratos de compraventa, de acuerdo con lo que disponen los

INCOTERMS 2010, se puede establecer no solamente el momento cuando ocurre dicha transmisión, según las reglas de cada INCOTERM, sino también, sus implicaciones respecto de los costos y la división de los mismos entre las partes, lo cual brinda en ese sentido, una idea más clara sobre la correcta aplicación de esta nueva versión de INCOTERMS.

Obligaciones de las partes, según lo dispuesto por los INCOTERMS 2010

Las obligaciones de los INCOTERMS 2010 están dispuestas generalmente en el apartado A1/B1 del texto mismo que contiene estos términos comerciales.

Sin embargo, como se logró constatar en el punto anterior sobre la transmisión de riesgos y costos, existen obligaciones que se establecen en otros apartados, sobre todo relacionadas con la entrega (la cual es la principal obligación del vendedor), los trámites que incluye el transporte de mercancía (seguros, derechos, impuestos, etc.), y una de las obligaciones más importantes para que se materialice el intercambio comercial: la notificación.

Las obligaciones de compradores y vendedores están determinadas en cada término comercial antes descrito. Sin embargo, éstas pueden ser en cierta forma modificadas dependiendo del acuerdo entre partes, aún así es recomendable en el momento de incluir la aplicación de los INCOTERMS en el contrato de compraventa definir esto expresamente para que no existan controversias posteriores al respecto.

El contrato de transporte en el contexto de los INCOTERMS 2010

El contrato de transporte como tal, implica un acuerdo de voluntades, en este caso, entre un porteador o transportista y un exportador, importador o intermediario, por el cual el primero se compromete a transportar, por un precio determinado, la carga desde un determinado lugar de origen hasta el destino final que se haya pactado.

Respecto de los INCOTERMS 2010, se debe empezar por decir que estos se limitan a distribuir entre las partes participantes del contrato de compraventa los costos relacionados con el transporte. Sin embargo, no se especifica a quién debe dirigirse el transportista para cobrar el flete, al tratarse esto propiamente de una cuestión del contrato de transporte; sometida, por lo tanto, a la regulación propia de este tipo de contratos.

Incluso, en el caso de que el intermediario contratado por el vendedor no cumpla debidamente con sus obligaciones y cause algún perjuicio al comprador éste deberá, entonces, acudir a la vía extracontractual para obtener el resarcimiento de los daños que han sido causados.

En los INCOTERMS 2010 lo habitual es que el vendedor corra con los gastos para poner la mercancía en condiciones de entrega y que el comprador corra con los demás. En el caso de los términos CFR, CIF, CPT y CIP, el vendedor asume el pago de los costos del transporte principal, pero sin asumir el riesgo de pérdida o daño de la mercancía o de costos adicionales por los hechos acaecidos después de la carga y despacho.

³¹ Ibid. p.125.

Por su parte, en los términos FCA, FAS y FOB, el vendedor deberá entregar la mercancía a un medio de transporte elegido por el comprador. En cambio, en el término EXW el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador en el propio establecimiento del vendedor y si al referirse a los términos DAF, DAP, y DDP, el vendedor soporta todos los gastos y riesgos necesarios para llevar la mercancía al punto de destino convenido. De esta forma, los riesgos y costos se transmitirán en el mismo punto, como en los términos “E” y “F”.

Es importante recordar que la asignación de los costos entre las partes de un contrato de compraventa, se establecen en los apartados A6/B6 de los INCOTERMS 2010, y estas reglas han permitido que se aclaren ciertos tópicos relevantes en relación con este tema, haciendo muchas veces incluso más comprensible la dinámica entre el contrato de compraventa y el contrato de transporte.

Como se ha podido constatar, independientemente de a quien le corresponda contratar el transporte, sea comprador o vendedor, lo cierto es que el tema del contrato de transporte está ligado con el de los INCOTERMS, pero sin haberse detallado en ciertos aspectos, puede provocar controversia entre las partes en algunos casos, razón por la cual es de gran relevancia la complementariedad de los instrumentos que componen la *Lex Mercatoria*, a fin de brindar ciertos elementos de juicio o líneas de acción para resolver asuntos que determinadas reglas no cubren en su totalidad.

El contrato de seguro en el contexto de los INCOTERMS 2010

En el contrato de seguro, básicamente, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado, en el caso de que sea producido un daño, cubierto por el contrato de seguro, mediante el cobro de una prima. Lo anterior estará sujeto, eso sí, a que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura por el seguro contratado.

Según lo que establecen los INCOTERMS 2010, desde el término CIF el vendedor debe contratar un seguro y pagar la prima correspondiente, a fin de cubrir los riesgos de pérdida o daño que pueda sufrir la mercadería durante el transporte. Sin embargo, es importante recalcar que el vendedor está obligado a conseguir un seguro sólo con cobertura mínima. En caso de que el comprador desee entonces una mayor cobertura deberá pactarlo expresamente con el vendedor, o bien, buscar su propio seguro adicional.

En el caso del término “CIP” el vendedor se hace cargo de los costos, incluso el transporte principal y el seguro, hasta que la mercancía llegue al punto de destino. Pero es relevante mencionar que aún cuando el seguro lo haya contratado el vendedor, el beneficiario del mismo es el comprador.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, se debe indicar que según lo que establece el término CIF (procurar un seguro para los riesgos de transporte, asumir la pérdida o daño de la mercancía durante el transporte, contratar el seguro y pagar la prima correspondiente, todo por parte del vendedor), el tema del

contrato de seguro, al igual como sucede con el contrato de transporte, debe ser complementado con las regulaciones correspondientes que rigen estos contratos, con el fin de evitar interpretaciones erróneas respecto de estas reglas.

Los INCOTERMS 2010 y su relación con los principios UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha desarrollado a través del tiempo proyectos de ley con el fin de brindar uniformidad a la aplicación de los principios del derecho internacional privado sobre diversas materias, lo que se busca es evitar la aplicación de un derecho local que entorpezca las transacciones comerciales, debido al distinto tratamiento que pueden aplicar las diferentes legislaciones a ciertos temas. En virtud de esto se publicó un instrumento con la intención de armonizar los elementos aplicables a los contratos comerciales internacionales, denominado “Los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales”.

Dicho cuerpo normativo, además de unificador y armonizador, pretende crear seguridad jurídica, no solo para los comerciantes en cuanto a la aplicación de los contratos comerciales internacionales, sobre los que operarían estos principios, sino también, ayudando a la solución de controversias en caso de que estas surjan con la ejecución de dichos contratos, por lo que constituyen también una herramienta útil para los árbitros que deben resolverlas.

Es importante mencionar, en cuanto al ámbito de aplicación de estos principios que los mismos deben incluirse en los contratos como una cláusula para que puedan considerarse normativa aplicable al acuerdo entre las partes. Sin embargo, igualmente podrá interpretarse que: “Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.”³²

De esta forma puede evitarse aplicar un ordenamiento jurídico nacional y lograr uniformidad en la normativa que será aplicada a la transacción, eliminando la incertidumbre y, por lo tanto, evitando, en la medida de lo posible, las controversias entre las partes, al brindar un mayor grado de seguridad jurídica al realizar los negocios.

Este instrumento normativo regula principalmente la formación, validez, interpretación, contenido y cumplimiento de los contratos comerciales internacionales, pero sin entrar a normar la capacidad de partes ya que esto se trata desde el plano del derecho local de las partes que participan en el contrato.

Además, ya sea que hayan decidido aplicar al contrato los INCOTERMS o los Principios UNIDROIT, las partes deben sujetarse a lo que decidieron incluir en el contrato, aún cuando hay ciertos aspectos que no se hayan contemplado.

Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar que los INCOTERMS 2010 no hacen referencia al tema de la cláusula arbitral ya que estos términos se centran

³² Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>, 2010.

principalmente en lo referente a la transmisión de riesgos y costos dentro del contrato de compra venta internacional, razón por la cual es tan importante la aplicación de la *Lex Mercatoria* por medio del complemento de sus instrumentos, de ahí la relevancia que representa el estudio de los INCOTERMS en este contexto, resaltando como en este apartado su relación con los principios UNIDROIT.

Asimismo, es importante resaltar que tanto en lo que se refiere a los Principios UNIDROIT como a los INCOTERMS 2010, la buena fe y la lealtad negocial son esenciales para que las negociaciones comerciales se desarrollen de forma adecuada, ya que uno de los aspectos más importantes para que los intercambios mercantiles tengan éxito al realizarse (especialmente entre países con contrapartes muchas veces desconocidas) es la confianza, la cual solo puede existir si se cumple con esas dos obligaciones implícitas en los acuerdos.

Otro tema sobre el cual es importante hacer hincapié, con respecto de la dinámica de los INCOTERMS y los Principios UNIDROIT, es lo relativo a la determinación del precio en un contrato de compra venta internacional, lo que resalta la complementariedad de las reglas que conforman la *Lex Mercatoria*, ya que los INCOTERMS no se refieren al tema del precio ni a las reglas para determinarlo, en cambio el artículo 5.1.7 de los principios, establece lo siguiente:

“(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo

indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado en el momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.

- (2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.
- (3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.
- (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.”³³

El análisis de la dinámica entre estos instrumentos de la *Lex Mercatoria* (INCOTERMS y Principios UNIDROIT), no pretende ser exhaustivo, sino solamente indicar algunos de los aspectos más relevantes de su interacción y, como ya se ha visto, de su complementariedad dentro de la posible aplicación conjunta en un contrato de compraventa internacional.

Análisis de la importancia de la actualización de los INCOTERMS para el comercio mundial

La globalización comercial ha provocado que la dinámica de los mercados sea cada vez a mayor escala, por lo que al crecer la cantidad y complejidad de los negocios pueden aumentar también las controversias a raíz de los mismos. Es por esto que las reglas que los determinan deben ser lo más claras posibles en cuanto al establecimiento de las obligaciones, con el fin de evitar así perjuicios a las partes que puedan devenir en una atrofia de la mencionada dinámica mercantil.

Los INCOTERMS, son términos comerciales que buscan facilitar las operaciones del comercio internacional, definiendo las obligaciones de las partes con lo que se disminuye el riesgo de las controversias legales. Sin embargo, es sabido que en el curso de la historia han surgido diferentes formas y medios para realizar las transacciones, es por esto que la Cámara de Comercio Internacional, consciente de esta situación ha efectuado modificaciones sobre los INCOTERMS, con el fin de que estos se ajusten a los cambios del comercio y sigan constituyendo un instrumento útil para la aplicación de reglas entre las partes que eviten, en la medida de lo posible, controversias innecesarias en el proceso negocial.

Los INCOTERMS como herramienta de comercio internacional define las responsabilidades de las partes, tanto en relación con cuál de éstas deberá contratar el flete, transporte marítimo, terrestre, aéreo o multimodal, los riesgos en cuanto al seguro,

y de la recepción de la mercadería, en el punto convenido. En razón de lo anterior, estos términos deben estar actualizados para responder realmente a las necesidades de las partes en todos los aspectos dichos, sobre los cuales se están asumiendo riesgos que implicarían una afectación económica, sino están cubiertos de la mejor forma posible.

Asimismo, es importante que los INCOTERMS se vuelvan cada vez más precisos acerca de las condiciones que tienen que cumplir las partes contratantes y lograr una verdadera armonización para brindar, tanto a la parte compradora como a la vendedora, la seguridad jurídica necesaria para actuar de forma eficiente en su intercambio comercial, lo cual solo puede lograrse a través de una constante actualización que incluya dentro de las modificaciones respectivas los elementos que requieren las reglas que rigen los intercambios comerciales para que estos sean lo más confiables posibles.

En el caso propiamente de los INCOTERMS 2010, los cuales representan hasta ahora la última versión de estos términos comerciales, se busca que estos sean acordes con los progresos en la seguridad de la carga, que los documentos electrónicos puedan eventualmente sustituir por completo a los de papel, y que así haya una mayor congruencia con las nuevas tendencias de las prácticas mercantiles a nivel mundial.

Se puede decir que las actualizaciones principales de los INCOTERMS 2010 se refieren a la aplicación de estos a las compraventas nacionales y no únicamente a las internacionales, la consolidación de los términos D, a través de la desaparición de los términos DAF, DES, DEQ y DDU y

³³ Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>, 2010.

la incorporación de dos nuevos términos: DAP y DAT, las diversas obligaciones de seguros en el término CIF, las modificaciones de los términos FOB, CFR y CIF, las ya mencionadas comunicaciones electrónicas, el incremento de las obligaciones de seguridad, la categorización de acuerdo con el método de transporte utilizado, entre otros.

En relación con la aplicación de los INCOTERMS a las compraventas nacionales y no solo internacionales éste es un cambio que todavía crea cierta incertidumbre acerca de su utilización. Sin embargo, respecto de la aparición de los dos nuevos términos DAT y DAP que reemplazan las reglas DAF (entregada en frontera), DES (entregada sobre buque), DEQ (entregada en muelle) y DDU (entregada derechos no pagados), con lo cual el número total de INCOTERMS pasa de trece a once, se puede decir que en DAT (entregada en terminal), la mercancía se pone a disposición del comprador en el lugar de destino designado y se descarga del vehículo de llegada, en cambio en DAP (entregada en lugar), la mercancía, preparada para la descarga, se pone a disposición del comprador en el lugar de destino acordado.

Estos cambios intentan facilitar la entrega de la mercancía y condensar responsabilidades que antes estaban distribuidas entre los demás términos que fueron reducidos, buscando lograr mayor precisión cada vez en la aplicación de los INCOTERMS.

Aunado a lo anterior, como lo menciona el Doctor Pérez: "Debe observarse, finalmente, que para su operatividad deben ser incluidos en el contrato con específica referencia a la recopilación respectiva. Ellos no son una

ley, una convención, ni una ley modelo. Son simplemente una recopilación de usos a las que las partes pueden someter los efectos de sus contratos. Aunque no tienen rango de ley, siendo los usos y costumbres en el comercio fuente de Lex Mercatoria, pueden servir como criterio interpretativo."³⁴

En lo que se refiere a la clasificación que se realiza de acuerdo con el modo de transporte, se puede decir que los INCOTERMS 2010 ahora se dividen en grupos diferentes: los que se utilizan para cualquier modo de transporte, entre los que se pueden incluir: EXW (en fábrica), FCA (franco transportista), CPT (transporte pagado hasta), CIP (transporte y seguro pagados hasta), DAT (entregada en terminal), DAP (entregada en lugar), DDP (entregada derechos pagados); y los que se utilizan para transporte marítimo y vías navegables interiores: FAS (franco al costado del buque), FOB (franco a bordo) CFR (costo y flete), CIF (costo, seguro y flete).

Es importante resaltar que en los INCOTERMS 2010 se clarifica completamente un tema que creaba gran confusión respecto de la borda del buque como punto de entrega, reemplazándose por hacer entrega de la mercancía cuando está efectivamente a bordo del buque, con el objetivo de evitar el problema que implicaba la concepción de una línea imaginaria que resolviera el asunto de cuando estaba de un lado u otro del barco, siempre tratando de lograr mayor precisión en las transacciones.

En relación con la comunicación por medios electrónicos, se debe señalar que este último es uno de los puntos más representativos de lo que se refiere a la importancia de la

³⁴ Pérez, Op. cit, p. 4-8.

actualización de los INCOTERMS para el comercio mundial, ya que gracias a los avances en este tema reflejados en este nuevo texto de los mencionados términos es que se normativiza y, por lo tanto, se brinda mayor seguridad jurídica a la utilización de medios electrónicos, los cuales son una efectiva forma de agilizar las transacciones comerciales.

Los INCOTERMS 2010 y su relación con el crédito documentario.

La Carta de Crédito es un documento por medio del cual un banco se obliga a pagar una determinada suma de dinero al vendedor, exportador o beneficiario por cuenta del comprador, importador u ordenante en un plazo determinado a la entrega de ciertos documentos.

Los créditos documentarios han sido considerados el medio internacional de pago que mejor protege los intereses de las partes que participan en un contrato de compraventa internacional, ya que se logra un cumplimiento eficiente de las obligaciones de conformidad con las condiciones previamente pactadas. Sin embargo, con la evolución de los medios digitales de información esta forma de pago muchas veces ha sido desplazada por los primeros.

Es importante entender la relación que existe entre el crédito documentario y los INCOTERMS, tal como lo indica el doctor Víctor Pérez: "Especial mención merecen las Reglas y usos uniformes sobre crédito documentario y los INCOTERMS, que son una recopilación de las prácticas relativas

³⁵ Pérez, Op. cit, p. 4-8.

al significado de ciertos términos de la compraventa internacional."³⁵

Se ha dicho que existen muchos riesgos respecto de la utilización de ciertos INCOTERMS con créditos documentarios. Sin embargo, dichos riesgos se pueden subsanar si en el clausulado de la carta de crédito se previenen expresamente los mismos.

Por ejemplo, el término "En fábrica", no resulta muy exitoso si se aplica en relación con el crédito documentario, debido a que, generalmente, en los créditos documentarios uno de los documentos imprescindibles para demostrar que la mercancía ha salido del país de origen, es el documento de transporte internacional. Sin embargo, con respecto de la aplicación de este término comercial podrían existir problemas para que el vendedor logre obtener dicho documento y por lo tanto para cumplir con lo que establece la carta de crédito. En cambio, CIP y CIF incluyen el seguro, con lo cual el vendedor cumple al despachar los bienes por lo que podría cobrar sin más el crédito documentario.

Dado lo anterior, es importante conocer que cuando el pago se realiza mediante crédito documentario, los INCOTERMS que podrían considerarse más propicios para este fin son aquellos en los que el vendedor es quien realiza la gestión respecto del documento de transporte principal como es el caso de los términos: CPT, CFR, CIP y CIF. Esto, en razón de que, en general, será necesario presentar dicho documento para cobrar el crédito documentario.

Como se ha mencionado anteriormente las reglas de los INCOTERMS no regulan la forma de pago por parte del comprador, pero sí determinan una relación de otros gastos, y como se ha visto, respecto del crédito documentario, los mencionados términos de comercio afectan al medio de pago elegido para las operaciones de compra-venta internacional.

Evolución de los procedimientos de comunicación electrónica con respecto de los INCOTERMS 2010

Dentro del proceso de globalización uno de los aspectos más importantes para las transacciones comerciales es la comunicación electrónica, la cual ha facilitado la realización de los negocios especialmente a nivel internacional, razón por la cual se ha incrementado todo uso de documentos electrónicos para agilizar los procedimientos que implican el intercambio de mercancías.

La continua evolución de los procedimientos electrónicos, ha llevado a que los instrumentos normativos como los INCOTERMS 2010 prevean la utilización de los mencionados medios de comunicación cuando así lo acuerden las partes o sea la costumbre.

A diferencia de los INCOTERMS anteriores, en los cuales se indicaba que los documentos podían sustituirse por mensajes EDI, en los INCOTERMS 2010 se reconoce a los medios de comunicación electrónicos los mismos efectos que la comunicación en papel, con la condición que se mencionó anteriormente, de que las partes así lo acuerden, o bien,

cuando sea costumbre la utilización de estos medios.

Los INCOTERMS 2010 han especificado aquellos documentos que tendrán el mismo efecto por medio electrónico que la comunicación de papel, así se dispone en los apartados A1/B1, cualquier documentación a la que se haga referencia en A10/B10, puede ser un documento o procedimiento electrónico equivalente si así se acuerda entre las partes o si es habitual, lo cual podría incluir la factura comercial, documentos de embarque, información relacionada con los procedimientos de seguridad, etc.

Lo anterior, brinda la posibilidad de ir eliminando la excesiva cantidad de trámites para el traspaso de los documentos necesarios para la entrega de la mercancía, lo que muchas veces provoca retraso en los negocios.

Regulación de los INCOTERMS en el Derecho costarricense

La regulación de los INCOTERMS en el Derecho costarricense ha sido más bien escasa, su referencia más representativa se encuentra en el artículo 475 del Código de Comercio donde se refiere textualmente:

“En los contratos de compra-venta en que se consigne la frase “Libre a bordo”, conocida con las siglas “FOB”, el vendedor fijará un precio que comprenderá todos los gastos hasta poner las cosas vendidas a bordo del barco o vehículo que haya de transportarlas a su destino, momento desde cuando corren por cuenta y riesgo del

comprador. En cuanto a los posibles reclamos por calidad o cantidad u otros menoscabos imputables al vendedor, rige lo estipulado en el artículo 450 de este Código.”³⁶

Como se puede ver, la normativa costarricense se encuentra retrasada en la regulación de estos términos comerciales, razón por la cual, se vuelve indispensable la existencia y aplicación de la *Lex Mercatoria*. Por supuesto es necesario que la *Lex Mercatoria* no se vea determinada por la aplicación de Derechos nacionales que podrían provocar conflictos con respecto a las transacciones comerciales y harían que pierda su verdadero sentido. Sin embargo, el Derecho costarricense no debería quedar rezagado con respecto a los avances de las regulaciones en materia comercial.

Las regulaciones internacionales, pero también el Derecho interno deben nutrirse de lo dispuesto por la *Lex Mercatoria*, ya que son estas disposiciones, sin duda, las que en este momento mejor responden a los cambios acelerados en el ámbito comercial.

Conclusiones

Mediante el presente artículo de los INCOTERMS 2010 se puede constatar la necesidad de que exista una adecuada comprensión de estos, ya que son términos que al aplicarse regulan cuestiones fundamentales para los negocios, como las que se han venido analizando.

Es sabido que el proceso de globalización, que permea, tanto la esfera económica,

como social y política, implica una dinámica jurídica más acelerada y eficiente, teniendo el Derecho que modificarse para responder a los trascendentales cambios que ocurren especialmente en un área tan cambiante como lo es el comercio. En este contexto, el Derecho debe ser innovador, buscando adaptarse a estas transformaciones, con el fin de que sea un instrumento efectivo de regulación de los mercados.

Estos desafíos han tenido como consecuencia la necesidad de la creación de normativa internacional que establezca las pautas comunes que deben seguirse, con el fin de lograr un adecuado tráfico de bienes y servicios. En virtud de esto, se ha vuelto indispensable el desarrollo de mejores mecanismos de cooperación internacional, para lograr una dinámica y segura participación en el comercio a nivel mundial.

En este escenario jurídico donde se desarrollan las transacciones comerciales, surgen los INCOTERMS, los cuales responden a esa necesidad de eficiencia y seguridad de los mercados, razón por la cual, aún cuando son de aceptación voluntaria por las partes, una vez pactados, se convierten en ley entre las partes contratantes, por lo cual su revisión y estudio constante se vuelven indispensables, ya que respondiendo al dinamismo del comercio, se modifican y actualizan en el tiempo.

Los INCOTERMS 2010, pretenden con su aporte, no solo la simplificación de las negociaciones, estipulando lo más claramente posible lo que debe ser cumplido por las partes contratantes, sino que también,

³⁶ Código de Comercio de Costa Rica. Recuperado de: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=6638&strTipM=TC.,2012.

al mismo tiempo, intentan fortalecer la seguridad jurídica entre los participantes del contrato, definiendo aspectos que logren que el comprador y vendedor sepan claramente a qué atenerse.

De esta forma, la versión más reciente de estos términos comerciales, presenta cambios relevantes para las negociaciones comerciales a nivel mundial como los son: la reducción del número de términos de trece a once haciéndolos aún más precisos y, la vez , la modificación de estos en ciertos aspectos necesarios para lograr una mejor adaptación a las cada vez más dinámicas transacciones comerciales, como la comunicación por medios electrónicos, acreditaciones relacionadas con la seguridad y lo relativo al contrato de seguro.

Asimismo, la posibilidad de que los INCOTERMS sean utilizados no solamente en los contratos de compraventa internacional, sino también, en los nacionales, con miras por adaptarse cada vez mejor a la realidad del comercio regional.

Sin dejar por fuera la clasificación de los términos de acuerdo con el modo de transporte, dividiéndose en: términos para cualquier modo de transporte (EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP) y términos para transporte marítimo y vías navegables interiores (FAS, FOB, CFR, CIF), lo cual

denota la importancia de la utilización de medios de transporte que procuren un transporte con seguridad y eficiencia, lo cual está íntimamente relacionado con lo mencionado supra sobre los contratos de transporte y seguro.

En resumen, los INCOTERMS 2010, son producto de un esfuerzo realizado para mostrar de la mejor manera posible los usos actuales del comercio internacional, intentando evitar imprecisiones, tratando de brindar un panorama más claro de las obligaciones de compradores y vendedores.

Estos cambios muestran, entonces, el resultado de las experiencias en ese campo, además de exponer cuáles serán los efectos en lo que se refiere a la cotización de los costos de importación y exportación, la cobertura en cuanto a los riesgos adquiridos y la responsabilidad que acarrearán las condiciones que han sido pactadas.

Considerando todo lo anteriormente mencionado, y siendo que estos cambios contenidos en los INCOTERMS 2010 representan innovaciones de gran actualidad es que deben ser analizados cuidadosamente para que en el momento de ser utilizados en los negocios sean correctamente aplicados, por lo cual este artículo ha pretendido describir y poner de manifiesto algunos de sus aspectos más relevantes.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 39881