

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 109

Setiembre 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
La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito	
M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños	9
La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa.	
Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano	23
Costa Rica. La consulta legislativa de constitucionalidad: apuntes para la toma de decisión	
Dr. Bernal Arias Ramírez	43
El Principio de No Regresión en materia Ambiental: Análisis de dos casos de directrices transgresoras	
M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez	79
Derechos Humanos en la Edad Media: El proceso inquisitivo y la quema de brujas	
M.Sc. Ignacio García A.	99
Daño ambiental y prescripción	
M.Sc. Mario Peña Chacón	117
El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el arbitraje comercial	
M.Sc. Mauricio París	145
Las garantías en la ejecución de la pena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Prof. Alonso Salazar	151
Los códigos de conducta en sociedades no cotizadas y no supervisadas: Un análisis del entorno costarricense	
Licda. Adelina Villalobos	175
El “Juicio Político” o “Impeachment” en el Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano	
Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas	221
El know how y su aplicación práctica en el contrato de franquicia	
Lic. Marco Vinicio Alfaro Rodríguez	233
El Mercado Espacial, la relevancia del Derecho Espacial en Costa Rica y el mundo: sus implicaciones jurídico-comerciales	
Licda. Nadia Vanessa Rodríguez	275

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Presentamos artículos sobre Obligaciones, Derechos Fundamentales, Derecho Constitucional, Derecho Ambiental, Historia del Derecho, Arbitraje, Derecho Penal, Franquicias comerciales y Derecho Espacial.

“La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito” se titula el aporte del M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños, Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. El autor nos recuerda que para los romanos la obligación consistía en un vínculo jurídico por el que alguien estaba constreñido necesariamente a realizar una determinada prestación y esta obligación se podía garantizar mediante las figuras de la fianza, fiducia, *pignus* e *hyphoteca*. Nos explica que a pesar de la semejanza de sus fundamentos, la obligación jurídica moderna y la romana varían en las características de sus vínculos.

“La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa” es el trabajo que nos brinda el Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. El autor desarrolla la manera en que el Tribunal Constitucional Español, mediante la aplicación del método de la ponderación (que se traduce en la observancia del principio de proporcionalidad), hace efectivos los mandatos de optimización que normalmente contienen las constituciones o las declaraciones de derechos, al reconocer o consagrar derechos fundamentales (con sus correspondientes valores y bienes jurídicos) y analiza cómo resuelven los conflictos que se producen cuando ellos colisionan. Analiza, particularmente, el juicio de ponderación que aplicó el Tribunal Constitucional Español para resolver ese caso (con respecto al derecho a la vida del menor y la libertad de religión del menor y de sus padres), no sin antes efectuar algunos comentarios sobre las teorías que han dado cabida a la distinción (dentro de las normas jurídicas) entre reglas y principios.

El Dr. Bernal Arias Ramírez participa con **“Costa Rica. La consulta legislativa de constitucionalidad: apuntes para la toma de decisión”**. El autor es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, es asesor parlamentario de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Católica de Costa Rica. El Dr. Arias Ramírez estudia la dinámica de las Consultas Legislativas de Constitucionalidad que realiza la Asamblea Legislativa a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo la idea de servir de aporte objetivo a la discusión judicial y parlamentaria sobre este instrumento, para ello se utilizan datos empíricos y análisis deductivo de su aplicación.

El M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco, Académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales, Profesor en la Maestría de Derecho Ambiental del País Vasco, España colabora con **“El Principio de No Regresión en materia Ambiental: Análisis de dos casos de directrices transgresoras”**. Nos indica que este principio en materia ambiental, jurídicamente es efecto y eslabón, que se ha logrado materializar en el marco de una sociedad en crisis, que trata de establecer hitos mínimos de respeto a la biodiversidad, pensando en las generaciones que incluso no han nacido. Nos aclara que este principio se genera dentro del encuadre de los derechos humanos de tercera generación y obviamente, forma parte del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El M.Sc. Sagot busca que el sistema no tenga retrocesos en los avances ya alcanzados por cada Estado. Conlleva tener claro, que los logros hechos en materia del derecho al desarrollo sustentable tengan que permanecer y sean vinculantes, tanto para la Administración Pública, como para todos los administrados

“Derechos Humanos en la Edad Media: El proceso inquisitivo y la quema de brujas” es el artículo del M.Sc. Ignacio García A. Comenta que especialmente en Costa Rica, la discusión acerca del Derecho Penal se ha dividido, polarizado y entendido de una manera dualista, entre quienes se adscriben a una política de persecución penal más funcionalista -en el sentido sociológico del término-, y quienes se conciben a sí mismos como garantistas. El presente artículo pretende dar un ejemplo de esta dualidad presente en los fenómenos de expansión del Derecho Penal, con base en un ejemplo: los manuales utilizados por los tribunales de la Santa Inquisición durante la baja Edad Media en Europa Central.

“Daño Ambiental y Prescripción” es la contribución del M.Sc. Mario Peña Chacón, consultor Legal Ambiental, profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad Tecnológica Centroamérica de Honduras. Opina que los institutos clásicos del Derecho como la propiedad, la posesión, el usufructo, las servidumbres, la responsabilidad civil e incluso, como se analiza en el presente ensayo, el de la prescripción, han sido afectados de tal forma por la axiología ambiental, al punto que hoy en día, nadie pondría en duda la existencia de la función ambiental de la propiedad, del instituto de la posesión ambiental, de un nuevo tipo de servidumbres denominadas ambientales y por supuesto, la responsabilidad civil ambiental.

El M.Sc. Mauricio París nos ofrece **“El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el arbitraje comercial”**. El autor es Máster en Asesoría Jurídica de Empresa de la Universidad Carlos III de Madrid y Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Considera que hoy hay unas condiciones inmejorables para iniciar el desarrollo de una segunda etapa del arbitraje costarricense y, con ese objetivo, lograr el necesario fortalecimiento de los centros arbitrales nacionales y la depuración de la práctica arbitral, mediante la supresión de la aplicación en exceso frecuente e indiscriminada del Código Procesal Civil, son dos de las tareas principales que podemos emprender para fortalecimiento del arbitraje en el país.

El Prof. Alonso Salazar, asiduo colaborador participa con **“Las garantías en la ejecución de la pena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”**. El autor aborda el tema de las garantías procesales en la ejecución penal; centra el objeto de estudio en cuatro garantías a saber: la posición de garante del Estado frente el privado de libertad, el principio de legalidad en el proceso de ejecución, la noción de debido proceso en la fase de ejecución penal y la condiciones mínimas en que debe cumplirse la pena privativa de libertad.

“Los códigos de conducta en sociedades no cotizadas y no supervisadas: Un análisis del entorno costarricense” se denomina el trabajo de la Licda. Adelina Villalobos. Los referidos códigos ofrecen, en su criterio, respuesta a los nuevos requerimientos de la sociedad, al ser instrumentos que surgen en el mismo seno empresarial, que generan normas de conducta para la buena gestión de la empresa y que pueden ser fácilmente extrapolados al ámbito internacional. Estos instrumentos de autorregulación se han popularizado en los últimos tiempos, pues presentan muchas ventajas frente a la norma convencional, ya que dan respuesta a temas urgidos de regulación de forma rápida, con un importante grado de especialización (nacen de los propios agentes del mercado para atender sus necesidades) y a un bajo coste.

El Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas, asesor parlamentario y Profesor de Historia del Derecho y Derecho Internacional Público en la Universidad Escuela Libre de Derecho participa con **“El “Juicio Político” o “Impeachment” en el Derecho Constitucional comparado latinoamericano”**. Describe, inicialmente, en qué consiste el concepto de “Juicio Político”, como mecanismo jurídico para el control de la responsabilidad de los gobernantes, al ejercer sus funciones. Comenta la existencia o no de la figura del “Juicio Político” en diversas legislaciones americanas, en particular el tratamiento del tema en las Constituciones argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, nicaragüense, mejicana, peruana, paraguaya, salvadoreña y uruguaya. Por último, analiza la existencia del concepto de “Juicio Político” en la historia constitucional costarricense.

“El Know how y su aplicación práctica en el contrato de franquicia” es el estudio del Lic. Marco Vinicio Alfaro Rodríguez, Especialista en Derecho Comercial Universidad de Costa Rica. Este artículo realiza una revisión del tema del *know how* en sus aspectos generales y desde el punto de vista del contrato, haciendo un énfasis en la relación de esta figura con la de la franquicia. Se podría decir que no es posible hablar de franquicia sin hablar de *know how*. Precisamente la esencia de la franquicia se encuentra en la experiencia acumulada y el conocimiento logrado, que se convierten quizás en el activo más importante de la empresa que transmite el *know how*. Ese saber cómo hacerlo, sobre todo cuando se trata de un negocio exitoso, así demostrado en la práctica, vale obviamente mucho dinero. La figura de la franquicia ha permitido poner al alcance de los inversionistas el poder invertir en un negocio exitoso, ya estructurado y con todos los manuales y “recetas” puestas a disposición para poder asimilar ese *know how*, a cambio de un pago. Esto le permite al inversionista poder tener utilidades casi que garantizadas, pues el formato de negocio ha probado que puede generar beneficios económicos.

La consultora jurídica Licda. Nadia Vanessa Rodríguez nos ha enviado su interesante exposición “**El Mercado Espacial, la relevancia del Derecho Espacial en Costa Rica y el mundo: sus implicaciones jurídico-comerciales**”. La autora realiza un análisis del Derecho Espacial en el mundo y Costa Rica, a la vez que puntualiza las principales implicaciones Jurídico Comerciales que se han desatado en la actualidad; se centra en el fenómeno conocido como “El Mercado Espacial”, con una exposición sobre la presencia de éste en nuestro territorio, con el proyecto comercial de tecnología espacial conocido como “el Motor de Plasma”, y con el establecimiento una filial de Ad Astra Rocket Company, en Guanacaste

LA OBLIGACIÓN CIVIL ROMANA Y LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE CRÉDITO

*M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños**

SUMARIO

1. Introducción.
- 2- Elementos de la obligación jurídica.
- 3- Análisis sobre el vínculo jurídico.
- 4- Análisis de la obligación civil romana.
- 5- Evolución del concepto de obligación en el Derecho Romano
- 6- Garantías Personales y Reales del derecho de crédito en Roma.
- 7- Análisis comparativo entre la obligación civil romana y el concepto de obligación civil moderna.

Resumen

La obligación jurídica se refiere a un vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto se encuentra obligado con otro a realizar una determinada prestación. Para los romanos la obligación consistía en un vínculo jurídico por el que estaba constreñido necesariamente a realizar una determinada prestación y ésta obligación se podía garantizar mediante las figuras de la fianza, fiducia, pignus e hyphoteca.

A pesar de la semejanza de sus fundamentos, la obligación jurídica moderna y la romana varían en las características de sus vínculos.

Palabras clave: Obligación jurídica, vínculo jurídico, deudor, acreedor, nexum, garantías.

Abstract

The legal obligation refers to a legal bond in which a person is bound to another person to carry out a certain service. For the Romans the obligation consisted in a legal bond by which a person was constrained to necessarily carry out a particular service. This obligation could be guaranteed by the figures of trust, fiduciary, pignus and hyphoteca.

Despite the similarities of their foundations, the modern legal obligation and roman legal obligation vary in the characteristics of their bonds.

Key words: Legal obligation, legal bond, debtor, creditor, nexum, guarantees.

LA OBLIGACIÓN CIVIL ROMANA Y LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE CRÉDITO

M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños*

1- Introducción

La idea que se persigue con este trabajo es sentar las características propias de la obligación jurídica moderna para poder diferenciarla de la obligación civil tal y como fue concebida por los juristas romanos.

En una primera parte se realizará un análisis conceptual y posteriormente a grosso modo explicaremos las diferentes garantías de cumplimiento de la obligación civil romana que tenía el acreedor en el Derecho Romano.

Sobre el instituto de la obligación jurídica se han escrito innumerables libros y tratados tendientes a delimitar su concepto y analizar sus elementos esenciales.

El siguiente aparte busca realizar una precisión conceptual sobre la obligación jurídica y a través de sus características más importantes, delimitar el concepto y determinar su individualidad dentro del universo jurídico. Posteriormente hacer un análisis comparativo con la obligación civil romana y cuáles eran las garantías de crédito que tenía el acreedor en esa época.

2- Elementos de la Obligación Jurídica

Según la clásica definición de Justiniano, la obligación es el vínculo jurídico que nos apremia o constriñe a pagar a otro alguna cosa. Con mayor rigor científico, podemos decir que es el vínculo jurídico establecido entre dos personas por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa o el cumplimiento de un servicio o de una abstención.¹

Los juristas clásicos, pese a que tuvieron claro concepto de las virtualidades de la obligación, no dieron su definición; se limitaron a como Gayo, Instituta II, 14, a ubicarla entre las res incorporales.

Recién en las Institutas de Justiniano (3, 13 pr) se encuentra su caracterización en estos términos: La obligación es un vínculo jurídico, de acuerdo con nuestro Derecho Civil que nos constriñe a pagar alguna cosa (Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura). Este criterio resulta complementado con el texto

* Profesor Catedrático Universidad de Costa Rica.

¹ Guillermo A Borda Tratado de Derecho Civil Obligaciones I edición editorial Perrot Buenos Aires.

de Paulo que recogió el Digesto (44,7,13.pr)
La esencia de la obligación consiste no en que haga nuestra una cosa corpórea o una servidumbre sino en que constriña a otros a darnos, hacernos o prestarnos alguna cosa.”²

El artículo 627 de nuestro Código Civil Costarricense nos indica: “Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable:

- 1- Capacidad de parte de quien se obliga.
- 2- Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación.
- 3- Causa Justa.”³

La norma de comentario (artículo 627 Código Civil) nos define los elementos que conforma la obligación jurídica. Más adelante haremos un análisis profundo de cada uno de estos elementos.

- 1- La capacidad obviamente se refiere a los sujetos, acreedor y deudor que conforman la obligación y se refiere a la capacidad de actuar. ⁴

“El requisito de la capacidad es necesario para la validez de las obligaciones nacidas de los convenios, mas no aquellas que preceden de los cuasicontratos, de los hechos ilícitos o de la ley en cuanto graven el patrimonio de los obligados porque entonces la obligación se

produce independientemente de la voluntad de la persona a quien afecta la necesidad jurídica del resarcimiento o del pago”⁵

“La capacidad de actuar designa la posibilidad que el Derecho reconoce al sujeto, que se encuentra en los presupuestos de hecho previsto para su reconocimiento, de revelar y hacer valer intereses en el mundo del Derecho determinado con su propio comportamiento la aplicación de las normas y el nacimiento de los efectos por ellas predispuestos.

En otras palabras la capacidad de actuar es la posibilidad de realizar personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos”⁶

- 2- El objeto hace referencia a la prestación, es decir, a la conducta que deberá desplegar el deudor para satisfacer el interés del acreedor y así lograr el cumplimiento con efectos extintivos y liberatorios.

“Por objeto de la obligación se entiende aquello que el acreedor puede exigir del deudor, lo que forma la materia del compromiso y que se designa con el nombre de prestación”⁷

- 3- La causa justa se refiere a la razón jurídica obligacional, por qué se encuentra obligado el deudor en la relación obligatoria.

2 Atilio Anibal Alterini Derecho de Obligaciones Civiles y comerciales cuarta edición abeledo Perrot Buenos Aires .
3 Salas Murillo,Evelyn Código Civil, primera edición San José Biblioteca Jurídica Dike p 495.
4 Pueden consultarse sobre los elementos del contrato las siguientes resoluciones Resolución número 224 del Tribunal Superior Segundo Civil de las catorce horas diez minutos del veinticinco de junio del dos mil uNº Sobre vicios del consentimiento Resolución número 091 del Tribunal Superior Segundo Civil sección Primera de las diez horas treinta y cinco minutos del veintiocho de febrero del dos mil uno
5 Brenes Córdoba, Alberto op cit p. 30.
6 Pérez Vargas, Víctor. (1994) Derecho Privado. (3ª ed.) Litografía e imprenta Lil S.A., p. 42.
7 Brenes Córdoba, Alberto op cit p. 30.

“Según la naturaleza más extendida llamase causa el fundamento, el porqué, la razón jurídica de la obligación.

No es posible, en el campo del derecho que la persona se obligue o este obligada sin que exista un fundamento de justicia social que haya producido el vínculo obligatorio”.⁸

- 4- El vínculo jurídico es la relación de poder y deber correlativos que condiciona la conducta respectiva de los sujetos.

En síntesis la relación obligacional se descompone estructuralmente en los siguientes elementos:

“**Sujetos.** Uno activo o acreedor, es el titular del derecho subjetivo del crédito, titular pues del poder jurídico de exigir la prestación. Y otro pasivo obligado o deudor, es aquel en quien recae el deber jurídico de prestación. Ambos términos subjetivos pueden estar integrados por una o más personas.

Objeto. Es la prestación que el acreedor puede exigir y que el deudor debe cumplir, la prestación, a su vez, puede tener un objeto-objeto mediato de la obligación (las cosas y los servicios).

Vínculo. Es la relación de poder y deber correlativos que condiciona la conducta de los sujetos.

Causa. Es la razón jurídica de exigibilidad de la prestación, la condición para que el derecho sancione un condicionamiento de la conducta que sin la obligación sería libre”.⁹

8 Ibid p. 38.
9 Construcción Conceptual realizada a partir de Sancho Rebullida op cit p. 174.

3- Análisis Sobre el Vínculo Jurídico

Obligación civil efectos Existencia de un Vínculo Jurídico.

La obligación jurídica como lo hemos mencionado antes, es pues ante todo un **vínculo jurídico** en virtud del cual un sujeto se encuentra obligado para con otro sujeto a realizar una determinada prestación que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer siendo característico de esta el de ser relativa, esto es que se trata de sujetos determinados y que es correlativa, es decir, frente al derecho subjetivo de crédito del acreedor existe un deber jurídico del deudor que le compele a cumplir la prestación, no podemos separar ambas situaciones jurídicas de tal forma que ambas se condicionan recíprocamente. El derecho subjetivo de crédito del acreedor de exigir la prestación no puede existir en forma aislada sin la existencia del deber jurídico co-relativo. Lo anterior aunado al hecho de que la obligación tiene un contenido patrimonial y que goza de una temporalidad limitada, es decir la obligación nace para ser cumplida y cumplida se extingue, conformando las notas características que nos definen y nos ayuda distinguir este instituto dentro del Universo Jurídico.

Vínculo Jurídico

Esencia jurídica

Al ser la obligación jurídica un vínculo jurídico que une al deudor con su acreedor, la doctrina ha cuestionado cuál es en realidad la esencia del vínculo jurídico existente entre ambos.

A continuación exponemos brevemente una síntesis de las teorías más importantes acerca de la esencia del vínculo jurídico.

Teoría Clásica

La teoría clásica enunciada en su forma más completa por SAVIGNI ve la esencia del vínculo **en la conducta o en los actos del deudor**, es la sustracción de determinados actos a su esfera de libertad y en el sometimiento de los mismos a la voluntad del acreedor, las relaciones jurídicas pueden caer sobre cosas o sobre personas ,en el caso de la obligación a determinados actos .¹⁰

Brinz impugnó la teoría clásica al determinar que extraer de la persona del deudor sus actos y considerarlos como cosa u objeto del señorío del acreedor es erróneo.

Es casi como caer en la vinculación material que ejercía el acreedor sobre el deudor en el antiguo Derecho Romano, lo cual fue analizado al inicio.

Teoría Patrimonialista

A partir de la crítica de BRINZ surge la teoría patrimonialista la cual propugnaba que independientemente de los actos que debe realizar el deudor, el interés del acreedor puede satisfacerse al margen de esta conducta y esta no puede ser la esencia del vínculo obligacional. El acreedor puede ver satisfecho su interés en el patrimonio del deudor, de allí la expresión es el patrimonio el que debe al patrimonio.

Sin embargo “a las teorías patrimonialistas se le ha objetado que la relación jurídica solo puede darse entre personas y que busca la esencia de la obligación en la parte patológica, en el incumplimiento.”¹¹ .

Esencia del vínculo obligacional

Actualmente la doctrina mayoritaria ve la esencia del vínculo en dos aspectos que conforman el fenómeno del vínculo obligacional.

El débito y la responsabilidad. Es decir, el débito del deudor no era exigible sino se le añadía un hecho generador de garantía la responsabilidad.

“Así lo propiamente vinculado es la conducta del deudor, no en el sentido de que sus actos sean objeto del señorío del acreedor, sino por cuanto un sector de su comportamiento, antes jurídicamente indiferente, queda polarizado, a consecuencia del vínculo en una determinada dirección y sentido, en el de la prestación. Pero si el deudor incumple la misma vinculación acarrea inevitablemente y casi automáticamente que el interés del acreedor se satisfaga en el patrimonio del deudor”¹²

La esencia toda de la obligación se centra en el concepto del vínculo: Es este un vínculo abstracto que liga a la persona del deudor a la del acreedor y es un vínculo de derecho caracterizado por la necessitas que no consiente a quien se halla sujeto a ella el eludirla arbitrariamente ,es un ligamen que limita la libertad individual del deudor y

confiere al acreedor una facultad ejercitable contra el obligado en virtud del cual este resulta constreñido a determinada actividad (positiva o negativa) y aquel puede obtener satisfacción en el patrimonio del obligado ,en el caso del incumplimiento.¹³

El deudor tiene un deber jurídico siendo así su transgresión deriva en responsabilidad jurídica.No quedara impune el incumplimiento, el acreedor tendrá facultades para ejercer el derecho de crédito que consistirá en el cumplimiento de la prestación proyectada. (Artículo 693 del Código Civil).

Como ya se ha señalado la obligación es un vínculo jurídico, ligamen en virtud del cual una persona llamada deudor, debe observar una determinada conducta (prestación o conducta prestacional) en favor de otra persona llamado acreedor. Mas puede ocurrir y no es extraño que así suceda que el deudor no observe el comportamiento al que está sujeto es decir que es por él debido. Entonces el ordenamiento jurídico prevé un concreto instrumento que denominamos responsabilidad. En la sujeción de los bienes del deudor al cumplimiento coactivo de la deuda frente al poder o facultad de agresión por parte del acreedor.

Cuando analizamos la obligación jurídica vemos dos momentos diferentes y contrapuestos, el del débito (schuld) que es la obligación del deudor de realizar la prestación y el de la responsabilidad o sea el poder o facultad que corresponde al acreedor en el patrimonio de aquel para realizar su crédito .

4- Análisis de la Obligación Civil Romana

Las garantías de crédito en el Derecho Romano

“ En las propias fuentes romanas encontramos un concepto de obligación, concepto tardío, pues aparece en las Instituciones de Justiano 3,13,pr: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura (la obligación es un vínculo jurídico por el que estamos constreñidos necesariamente a realizar una determinada prestación según el ordenamiento jurídico de nuestra ciudad). Se trata de una definición tardía, no puede por ende reflejar situaciones primitivas, sino que se refiere a un momento evolucionado del Derecho Romano, en que la noción de obligatio se convierte en algo abstracto, en un nomen iuris, proceso conceptualizador propio de la época republicana.”¹⁴

La actio in personam no es absoluta y erga omnes ya que solo puede establecerse contra una persona determinada, no es una acción absoluta.

Los Romanos ya diferenciaban los derechos reales de las obligaciones al indicar “Paulo en D 44,7,3 pr: Obligationum substantia non in eo consistit,ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat,sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum”. La naturaleza de la obligación no consiste en hacernos adquirir una cosa corporal o una servidumbre, sino que otra persona quede constreñida a darnos algo, o hacer algo o responder por algo.¹⁵

10 Construcción Conceptual a partir de Sancho Rebullida op cit p. 4.

11 Sancho Rebullida, Francisco op cit p. 6.

12 Ibid p. 8.

13 Ruggiero De Roberto. Instituciones de Derecho Civil. (Vol. I. Tomo dos): Instituto editorial Reus, p. 9.

14 Torrent, Armando. (1987) Manual de derecho privado romaNº Zaragoza: Librería Central, p.328.

15 Ídem p.328.

5- **Breve Reseña Histórica de la evolución del concepto de obligación en el Derecho Romano**

La figura más antigua relativa al instituto de la obligación en el Derecho Romano es la sponsio rito antiquísimo que se basaba en la fuerza religiosa de un juramento ante los dioses, luego es sustituida en las doce tablas por un deber laico fundamentándose en el oportere que era un deber civil reconocido por el ordenamiento y permitía la ejecución civil a través de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem . La sponsio pasó de tener una vinculación religiosa a tener una vinculación jurídica. El sponsor quedaba vinculado a la actio del receptor, de igual forma o en forma paralela, siguió el nexum, el modo en que el deudor se emancipaba así mismo del acreedor entrando en su mancipium y por ello el deudor era nexus obligatus, en esta época primitiva en que el deudor respondía con su persona siendo el vínculo un vínculo material.

“Las consecuencias del nexum son mal conocidas. Se sabe sin embargo, que eran muy rigurosas. En virtud del contrato y sin juicio, el deudor que no pagaba estaba sometido a la manus injecto especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde entonces, el deudor declarado nexus estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y tratarle como a su esclavo de hecho y sino de derecho. El nexus no se libertaba más que con la ayuda de un pago especial acompañado de la solemnidad de la

aes et libra . Con la lex poetelia posteriormente se pasó a un vínculo iuris.

“No obstante el concepto de obligación de los romanos era limitado y solo correspondía a determinadas situaciones típicas. Se tipificaron determinadas convenciones bilaterales a través de los conceptos del actum, el gestum y el contractum. Al final el término contrahere fue el concepto por el que giraron las obligaciones bilaterales, bajo la idea de la constitución de relaciones jurídicas en forma voluntaria.”¹⁶

Se ha querido por parte de un sector de la doctrina interpretar que la obligación romana estaba compuesta por un débito y una responsabilidad. La idea de vinculación de una persona a un deber y la responsabilidad en caso de que incumpliera ese deber. En primera instancia cuando el nexum era material, era innecesario hablar del aspecto de la responsabilidad pues el deudor estaba materialmente bajo el nexum o el poder material del acreedor. El deudor permanecía bajo el nexum obligatus, materialmente obligado y permanecía en esta situación de sujeción por parte del acreedor mientras no pagase la deuda, o mientras no pagase otro por él (nexi liberatio) en una época primitiva en que la obligación era ante todo la sujeción material de la persona del deudor al pago de la deuda.”¹⁷

Posteriormente cuando se dejó de lado el nexum material a partir de las doce tablas y principalmente con la lex poetelia Paria del 326 a.c quedaba abierto el camino hacia el vinculum iuri, no obstante no se llegó

al grado de abstracción requerida y solo aparecen determinados hechos típicos como constitutivos de obligaciones como el actum, el gestum y el contractum.¹⁸

La doctrina tradicional entiende que la obligación nace desde su inicio a partir del delito, de la relación ofendido-delincuente, luego Bettii consideró que la obligación nace o tiene sus orígenes desde las ideas del contrato.¹⁹

En el derecho germánico sí se contempló esa división entre el SCHULD Y EL HAFTUNG tal y como lo denominaron, la obligación nace a raíz de la fusión de estos dos conceptos claramente individualizados, es decir, el débito de una persona se unía a la responsabilidad en caso de que no cumpliera con dicho deber. Esta separación de conceptos que se ve en el Derecho germánico primitivo no se ve en el derecho romano cuando se analiza la idea o el concepto de obligación dado lo que mencionamos líneas atrás.

6- **Garantías Personales y Reales del Derecho de Crédito en Roma**

La función del crédito en una economía abierta es importantísima pues a través de éste se mueve todo el desarrollo de la economía.

En el Derecho Romano esto no era la excepción, ellos ya conocían formas en que se daba seguridad jurídica a la persona

que prestaba dinero o entregaba bienes económicos a otras personas.

Una deuda puede garantizarse de diversos modos, los cuales se reducen todos a dos ideas fundamentales: o que un tercero asuma la responsabilidad por falta de cumplimiento o que quede reservada a disposición del acreedor una cosa sobre la cual él pueda satisfacerse en caso de incumplimiento.²⁰

En Roma se daban de dos formas estas seguridades, bien a través de una persona que a la par del deudor garantizaba el crédito o bien, la persona daba o ponía a responder un bien como garantía de ese crédito sobre el cual podía satisfacer su interés en caso de incumplimiento de la obligación principal.

El cumplimiento de toda obligación está respaldado por el activo patrimonial del deudor. Para asegurar o reforzar el cumplimiento de las obligaciones se vinculaba un determinado objeto a la acción directa del acreedor, hablándose entonces de garantías reales como la prenda o la hipoteca o bien una persona distinta del deudor que responde con su patrimonio hablándose de garantías personales como la fianza, el mandato de apertura de crédito y la constitución de plazo -constitutum- por deuda ajena -debiti alieni- .

La Fianza

La fianza viene a ser la manera en que se da una garantía personal a través de la cual una persona se obliga a responder una deuda ajena con su propio patrimonio.

16 Construcción conceptual a partir de Torrent p. 331.
17 Torrent op cit p. 330.

18 Construcción conceptual de Torrent p. 331.
19 La obligatio es una atadura de la propia persona, un sometimiento personal al poder-manus-del acreedor propio o ajen^o La obligatio es el nexum o sea la mancipatio que hace el deudor de su propia persona en garantía del crédito Construcción conceptual a partir de Juan Iglesias en Derecho Romano Instituciones de derecho Privado p. 385.
20 Arangio –Ruiz, Vincenzo. (1973) Instituciones de derecho romano^o Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 291.

Ticio acude a Cayo para que le preste dinero, Cayo acepta dado que Sempronio, persona solvente, responde de su devolución.

Se han conocido tres formas de Fianza a través de la historia.

- 1- La sponsio que es la más antigua. Forma solemne y formalista que se manifiesta a través del empleo del verbo spondere.
- 2- La Fidepromissio. Institución del lus gentium. Se supera el valor mágico religioso de la palabra que deja paso a la Fides, lealtad y respeto a la palabra dada y podía usarse por los peregrini.
- 3- La forma más evolucionada fue la Fideiussio que posibilitaba garantizar todo tipo de obligaciones.

La fianza era accesoria y subsidiaria, pues dependía de una obligación principal que debía garantizar y el fiador respondía solo en caso de que no cumpliera el deudor. Sin embargo, originalmente el fiador era el único responsable, después lo haría en un mismo grado el deudor –in solidum- y con Justiniano se alcanza el grado finalmente de la accesoriedad, en la cual se responde solo en caso de incumplir el deudor.

El fiador no se obligaba a más del deudor pero si podía hacerlo a menos. No solamente en lo que respecta a la cantidad sino en cuanto a lo oneroso de la obligación y se obligaba solo en el tanto a lo que el acreedor no podía conseguir del deudor.

Otro medios de garantizar las obligaciones fueron el mandatum pecuniae credendae,

(mandato de crédito) en que una persona mandante encargaba a otro mandatario a dar crédito a un tercero medio indirecto de garantía, pues si el tercero no restituía la suma recibida al mandatario ,este podría actuar contra el mandante para lograr su reembolso. ²¹

Garantías Reales

El crédito es la base de una sociedad de consumo, sin la garantía de cumplimiento de los créditos la economía se paralizaría.

Los créditos en Roma se aseguraban de dos formas ya sea a través de la garantía personal que analizamos líneas atrás o de la garantía real cuando alguien pone a responder un bien en garantía de una obligación.

En Roma sin embargo, se prefirió a las garantías personales, el acreedor se siente más seguro si promete el pago de la deuda a otra persona además del deudor principal, en caso de no pago de la obligación el acreedor prefería irse contra la persona garante(fiador).

En los derechos reales de garantía el acreedor tiene poder directo sobre la cosa. En un primer momento histórico el acreedor adquiriría la propiedad de la cosa dada en garantía haciéndola suya en sustitución del crédito insatisfecho, en épocas más evolucionadas el acreedor tenía el ius vendendi, el derecho de vender la cosa satisfaciéndose con el precio hasta la concurrencia del crédito. El propietario no podía disponer de la cosa hasta que estuviera pendiente la deuda.

En el Derecho Romano se conocieron tres formas fundamentales de garantía real: La fiducia, la prenda y la hipoteca.

21 Tórrrent op cit pag. 384.

Fiducia

Es un acto solemne mediante el cual el deudor transmite la propiedad de una cosa suya al acreedor, por el cual el acreedor se obliga a emancipar la cosa al deudor cuando le fuere pagada la deuda para que el deudor recuperase su dominiun ex iure Quiritium. Siendo un acto solemne realizado inter praesentes y solo ante ciudadanos romanos.

El fiduciario puede disponer de la cosa y puede ejercitar todas las acciones que corresponden al propietario pudiendo venderla a un tercero.

En este negocio se debía establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación y la determinación de las condiciones de venta del bien.

Pignus

Es una figura en cuya virtud el acreedor recibe la posesión de una cosa del deudor en garantía de pago. La diferencia con la anterior es que con el pignus se entregaba únicamente la posesión de la cosa, no la propiedad.

El propietario mantenía el derecho de propiedad sobre la cosa estando legitimado para establecer la reivindicatio, la actio furti y la actio iniuriarum.

Hypotheca

La hipoteca es el derecho real de garantía sobre una cosa ajena no teniendo el acreedor la posesión, de manera que es una garantía,

22 Construcción conceptual a partir de Torrent op cit p. 326.
23 Ver comentarios referentes al vínculo jurídico en p. 12.

entrando en posesión de la cosa el acreedor únicamente en caso de incumplimiento de la obligación.

La hipoteca tiene sus orígenes en el arrendamiento de fundos rústicos. El arrendatario para garantizar el pago del canon constituía en garantía los invecta et illata (animales de labranza).

Posteriormente se pasó de los arrendamientos de fundos rústicos, a otros campos de la actividad económica. Siendo así la hipoteca se constituye como instrumento de movilidad de riqueza y de un medio fundamental para obtener riqueza.

El deudor no perdía los atributos de propietario pudiendo vender el bien o hipotecarlo a otro. Sin embargo cuando existían varios créditos hipotecarios en la prelación del cobro de los créditos se aplicaba el principio prior in tempore potior in iure.²²

7- Análisis Comparativo entre la Obligación Civil Romana y el Concepto de Obligación Civil Moderno

- 1- Podemos decir que el derecho Romano inicialmente concibió el vínculo entre acreedor y deudor como un nexun material,²³ un verdadero atar de la persona del deudor de tal suerte que si este no cumplía, el deudor respondía con su persona. Posteriormente este rigor fue suavizado en el sentido de que el deudor respondía personalmente, solo supletoriamente, en caso de que

no alcanzase el patrimonio de éste para responder al cumplimiento.

- 2- Una característica de la obligación en el Derecho Romano era su tipicidad, de tal manera que solo podía encajar esta figura en situaciones jurídicas ya establecidas previamente y reguladas en la ley y su cumplimiento se establecía bajo formas solemnes.
- 3- El vínculo jurídico no se distinguía claramente, los aspectos debidamente diferenciados entre débito y responsabilidad en la obligación civil moderna no eran claramente diferenciados en la Obligación Civil Romana, sino que se concebían como uno solo, es decir el débito y la responsabilidad se concebían como una unidad es decir un mismo fenómeno jurídico.
- 4- En la obligación civil moderna podemos distinguir el débito y la responsabilidad como dos fenómenos claramente diferenciados.

*La obligación civil moderna se basa en un concepto genérico no típico por el cual se está frente a una obligación siempre que un deudor se encuentra constreñido a un dar, hacer o no hacer de **contenido patrimonial** esto es que pueda ser valorado económicamente.*

- 5- La obligación romana se garantizaba a través de la fianza, el pignus, la fiducia y la hipoteca, sin embargo en el derecho

moderno existen formas mucho más flexibles o instrumentos más eficaces mediante los cuales el acreedor puede ver garantizado el pago de su crédito. *procesos concursales, títulos valores, fideicomiso ,créditos privilegiados, tarjetas de crédito , el uso del internet, protección especial a los derechos del consumidor ” etc.

- 6- Y como bien lo dice Borda en ese sentido “Pero si la apariencia formal permanece más o menos inmutable, las transformaciones se han operado en la sustancia. Así se advierte un mayor intervencionismo del Estado en los contratos entre particulares (aunque desde luego Roma no desconoció ese intervencionismo, bien que no con la extensión actual); la concepción estricta de los derechos subjetivos como una potestad absoluta e incausada es hoy sustituida por la de los derechos encaminados hacia un fin lícito, de los cuales no se puede abusar; la noción de la buena fe ha invadido todo el derecho de las obligaciones y los contratos iluminándolos con una nueva luz; la lesión ,admitida ya en Roma, se aplica hoy en casi todo el mundo sobre la base de principios más amplios y generales; la idea de culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad extracontractual ha sido completada y vigorizada con la teoría del riesgo creado; han aparecido nuevas fórmulas como lo contratos colectivos, los contratos de adhesión, la teoría de la imprevisión, las obligaciones nacidas de voluntad unilateral”.²⁴

Bibliografía

Libros

Atilio Anibal Alterini Derecho de Obligaciones Civiles y comerciales cuarta edición abeledo Perrot Buenos Aires .

Arangio, V. (1973) Instituciones de derecho romaNº Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Brenes,A.(1977) *Tratado de las Obligaciones*. (7ª ed.) San José: Editorial Juricentro S.A.

Borda A Guillermo, Tratado del Derecho Civil Obligaciones I, editorial Perrot,Buenos Aires Quinta edición.

De Cossío,A. (1975) Instituciones de Derecho Civil. (1ª ed.) Madrid: Alianza Universidad.

De Ruggiero, R. Instituciones de Derecho Civil. (Vol. I. Tomo dos) : Instituto editorial Reus.

Diez, L., Gullón, A. (1983) Sistema de Derecho Civil. (4ª ed. Vol. II) Madrid: Editorial Tecnos.

Iglesias, J. Derecho Romano Instituciones de derecho Privado. (8ª ed.) Barcelona: Editorial Ariel.

Montero, F. (1999) Obligaciones. (1ª ed.) San José: Premia Editores.

Pérez, V. (1994) Derecho Privado. (3ª ed.) Litografía e imprenta Lil S.A.

Salas, E. Codigo Civil. (1ªed.) San José: Biblioteca Jurídica Dike.

Sancho, F. (1973) Voz Obligación. Madrid: Publicado en Gran enciclopedia Rialp ediciones.

Torrent, A. (1987) Manual de derecho privado romaNº Zaragoza: Librería Central.

Leyes y Códigos consultados

Código Civil Costarricense.

Código Civil Español.

Código Civil ItaliaNº

24 Borda A Guillermo op cit. pag. 15

LA PONDERACIÓN COMO TÉCNICA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano

SUMARIO

- I. Introducción.**
- II- Las normas jurídicas como reglas o principios**
- III- Sobre la ponderación y el principio de proporcionalidad**
- IV- El juicio de ponderación en una sentencia del Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa**
- V- Conclusiones.**

LA PONDERACIÓN COMO TÉCNICA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano¹

I. Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar la manera en que el Tribunal Constitucional Español, mediante la aplicación del método de la ponderación, hace efectivos los mandatos de optimización que normalmente contienen las constituciones o las declaraciones de derechos, al reconocer o consagrar derechos fundamentales (con sus correspondientes valores y bienes jurídicos), y cómo resuelven los conflictos que se producen cuando ellos colisionan. Además, será comentado el modo en que tales derechos han sido calificados como principios, en la conocida distinción realizada por Robert Alexy acerca de las normas jurídicas.

Con ese propósito, se ha escogido una sentencia del Tribunal Constitucional Español (154/2002 de 18 de junio), que constituye un caso emblemático en materia de libertad religiosa. Así, en este pronunciamiento se resolvió un recurso de amparo promovido contra las “*Sentencias, ambas –primera y*

segunda- de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm 3248/96”. De esta forma, en las sentencias recurridas se decretaron sendas condenas penales contra los padres de un menor que, en estado muy grave, se negó a recibir una transfusión de sangre alegando motivos religiosos. Como resultado de la falta de tratamiento del menor, y ante la negativa de los padres de convencer al niño en el sentido que recibiera la transfusión, éste finalmente falleció.

Así, en esta oportunidad se analizará el juicio de ponderación que aplicó el Tribunal Constitucional Español para resolver ese caso (con respecto al derecho a la vida del menor y la libertad de religión del menor y de sus padres), no sin antes efectuar algunos comentarios sobre las teorías que han dado cabida a la distinción (dentro de las normas jurídicas) entre reglas y principios, según ha sido introducida por Ronald Dworkin² y elaborada por Robert Alexy³.

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

2 Véase Dworkin, R., Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984.

3 Ver Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Es claro entonces que el juicio de ponderación, como técnica de aplicación de los derechos fundamentales, se traduce en la observancia del principio de proporcionalidad (así como de sus contenidos) el cual justamente constituye un instrumento de interpretación típicamente constitucional, que junto con otras técnicas ha venido a compensar, aunque de modo parcial, las insuficiencias que los métodos clásicos de interpretación producen en este ámbito⁴, sobre todo en lo que atañe al carácter vinculante de los derechos fundamentales frente a las acciones y las omisiones de los poderes constituidos.

De esta forma, en esta líneas se reconstruiría el juicio de ponderación efectuado por el Tribunal Constitucional Español, así como la forma en que en la primera sentencia se ha potenciado la vertiente externa de la libertad religiosa de los padres por sobre el valor vida del menor fallecido, pese a que nos parece evidente que en esas sentencias penales no se ha vulnerado a los primeros ningún derecho fundamental.

II.- Las normas jurídicas como reglas o principios

De acuerdo con las ideas inicialmente esbozadas por Ronald Dworkin y luego

desarrolladas por Robert Alexy, las normas jurídicas pueden presentarse o expresar una estructura de reglas o principios. Esta distinción ha sido uno de los temas más debatidos y discutidos por la teoría y la filosofía del derecho en las últimas décadas⁵. Así, en el primer caso, y en términos muy generales: *“las reglas responden a la idea tradicional de una norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica”*. En el segundo, los principios constituyen mandatos de optimización de un determinado valor⁶ o bien jurídico (en el caso que nos ocupa se correspondería con la vida y la libertad de religión), cuya observancia pretende ser potenciada en la mayor medida posible⁷. En este orden de ideas, Robert Alexy los distingue de la siguiente manera: *“La segunda (...) es una distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios. Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como «mandatos definitivos». Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las*

*posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos prima facie.”*⁸.

Sobre el particular, la doctrina española ha comentado: *“en principio, se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por eso se afirma que los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de hecho, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser o no cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella exige, no más no menos”*⁹. Así, mientras las reglas normalmente son aplicables mediante la técnica de la *“subsunción”* (en cuya razón lo que se persigue es determinar si un caso real

encaja o no en un supuesto de hecho o, en otras palabras, dilucidar si se debe aplicar la consecuencia jurídica si se produce o no ese supuesto)¹⁰, en el caso de los principios se utiliza la técnica de la ponderación, que no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos: *“se trata (entonces) de optimizar el valor o bien jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso”*¹¹.

Cabe mencionar, en el caso particular de los principios, que la técnica de la ponderación en ningún momento puede prescindir de los problemas del lenguaje natural, que normalmente se plantean al intérprete a la hora de satisfacer dichos mandatos de optimización. En este orden de ideas, Víctor Ferreres menciona al menos tres tipos de problemas inherentes al empleo del lenguaje natural para enunciar los principios: la ambigüedad, que designa la posibilidad de atribuir a un término diversos significados (ejemplo: “prueba”, “banco”); la vaguedad, que designa la imposibilidad de delimitar el ámbito de aplicación del principio; y la textura abierta, que justamente consiste en reconocer la posibilidad de todo término de contener

4 Ver González Beilfuss, M., El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2003, pág.,15.
5 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tercera Edición, Madrid, 2007, pág. 575. En lo que atañe a la distinción entre reglas y principios en la doctrina española puede ser revisado Prieto Sanchís, L., Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
6 Un valioso estudio sobre los valores desde una perspectiva jurídico-constitucional puede ser encontrado en Díaz Revorio, F. J., Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
7 Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Thomson-Cívitas, pág. 46.

8 Véase Alexy, R., Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional, en Robert Alexy, Derecho y Razón Práctica, Distribuciones Fontamara (Colección de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Nº 30), México, 1993, págs. 40-41.
9 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 47-48.
10 Cabe mencionar que los conflictos entre las reglas jurídicas, como es de sobra conocido, mayoritariamente son resueltos mediante aplicación de los criterios tradicionales para la resolución de los conflictos normativos, entre ellos el criterio jerárquico (en que la norma de mayor rango prevalece sobre la inferior), el criterio cronológico (la norma posterior deroga la norma anterior) y el de competencia (que se verifica en un plano horizontal, prefiriéndose la aplicación de la regla jurídica especialmente diseñada para ese caso). Así, en lo que toca a los alcances del criterio jerárquico Miguel A. Aparicio Pérez, ha explicado *“con ello la conclusión siempre es la misma: una norma superior, sea por jerarquía formal o sea por función superior, siempre se debe imponer a la de rango jerárquico o funcional inferior, al menos en sus momentos aplicativos. Y, por eso también, en cuanto afectan a las formas de producción normativa, estos principios sólo puede operar en el interior o un ordenamiento simple, o en un subordenamiento y no lo pueden hacer cuando entran en liza ordenamientos engarzados cada uno de ellos con sus propias reglas de composición”*. Véase Aparicio Pérez, M. A., Ordenamiento Jurídico y sistema de fuentes, en Manual de Derecho Constitucional, Aparicio Pérez. M., y Barceló i Serralmalera M., Coordinadores, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 295.
11 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit., págs. 46-47.

algún grado de vaguedad con respecto al intérprete. Pero también menciona el autor, en el ámbito particular de los derechos fundamentales, que dichos problemas del lenguaje natural son incluso hasta preferibles al interprete, habida cuenta de la función que cumplen en el ordenamiento¹², y la posibilidad de los tribunales constitucionales, mediante el método de la ponderación de precisar el alcance de su contenido.

Por su lado, Marc Carrillo llama la atención sobre la manera en que algunos derechos fundamentales, al ser configurados constitucionalmente bajo la fórmula de principios dejan “*al Parlamento un amplio margen de maniobra para determinar su contenido y, portanto, para que las diferentes y plurales opciones políticas puedan concretar su alcance*”. Sin embargo, lo anterior no debe ser entendido, como lo advierte el mismo autor, en el sentido que este margen de abstracción convierte a los principios constitucionales en normas en blanco, sino que el Legislador está constreñido por los límites materiales impuestos por el Texto de la Norma Fundamental¹³. En tales casos, el juicio de ponderación constituye la herramienta que puede utilizar el intérprete para potenciar, en la mayor medida posible de acuerdo con criterios jurídicos y fácticos, el alcance de los derechos fundamentales.

En suma, y siguiendo a Carlos Bernal Pulido, “*las reglas son normas “que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible” y que “sólo pueden ser cumplidas o no”. Los principios en cambio se definen como “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas*”¹⁴.

Pero lo anterior no debe ser entendido en el sentido que todos los derechos fundamentales han sido consagrados mediante las fórmulas de principios, al menos no ha sido el caso en el sistema español (y dicho sea de paso, tampoco en el costarricense¹⁵); en este orden de ideas, se ha advertido: “*teniendo en cuenta la configuración que nuestro texto constitucional confiere a los derechos fundamentales que reconoce, se puede afirmar que no se adscribe ni a un modelo puro de principios ni a un modelo puro de reglas*”¹⁶. Por el contrario, es preciso reconocer que el texto de las Normas Fundamentales normalmente han acogido un modelo mixto de principios y reglas, aunque la mayoría de las disposiciones responden al modelo de normas de principio, en la medida en que se presentan: “*como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o*

12 Sobre todo lo anterior véase Ferreres Comella, V., Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

13 Al respecto, véase Carrillo M, La eficacia de los derechos sociales, entre la Constitución y la Ley, Jueces para la Democracia, N° 36, 1999, pág. 70.

14 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 579.

15 Así, por ejemplo, el artículo 37 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, dispone: “ARTÍCULO 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.”

16 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 48.

conductas protegidas y a los instrumentos de su protección; más bien lo que hacen es ordenar a los poderes públicos y, de manera especial, al legislador que proteja una determinada libertad en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que concreten la forma, el espacio, y el tiempo del régimen jurídico que el derecho fundamental ha previsto para la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados”¹⁷.

III.- Sobre la ponderación y el principio de proporcionalidad

Pues bien, de acuerdo con Luis María Díez-Picazo “*los principios como mandatos de optimización no sólo exigen explicar, como se acaba de hacer, que hay que optimizar (es decir el valor o bien jurídico que ha sido protegido mediante la proclamación del principio) sino también, hasta dónde hay que optimizar. La respuesta a este interrogante, que había quedado en el aire, es que hay que dar al valor o bien jurídico en juego la máxima efectividad que permitan las circunstancias del caso*”¹⁸. De esta manera, en el caso del juicio de ponderación es necesario distinguir entre dos hipótesis: la primera, cuando el bien jurídico o el valor a optimizar colisiona con otro valor y, la segunda, cuando en realidad no existe o no se produce dicho conflicto.

Un ejemplo de este tipo de ponderación, en el caso de dos valores o bienes jurídicos

contrapuestos, ha sido expuesto por Francisco Fernández Segado, (con respecto al derecho al honor y la libertad de expresión, para dilucidar si se debe o no conceder un amparo solicitado ante el Tribunal Constitucional Español), en los siguientes términos: “*es innecesario decir que en el supuesto de conflicto entre derechos o entre un derecho y un bien constitucionalmente protegido habrá que acudir a la necesaria ponderación judicial, en la que el órgano jurisdiccional, sin estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, habrá de decidir sobre el conflicto planteado. En cualquier supuesto, el Tribunal ha reivindicado para sí la revisión del juicio ponderativo realizado por el órgano jurisdiccional ordinario. Y así, en el conflicto entre derechos más común, el que enfrenta a las libertades de expresión e información con el derecho al honor, el Juez de la Constitución ha señalado que entra dentro de su jurisdicción revisar la adecuación de la ponderación realizada por los jueces, con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad reconocido en el artículo 20 (que contempla las libertades informativas) se manifiesta constitucionalmente legítimo, o denegarlo en el supuesto contrario*”¹⁹.

Por otro lado, cuando hay ausencia de colisión entre dos valores o bienes jurídicos fundamentales, la ponderación exige el mayor grado de satisfacción de los aludidos mandatos de optimización, los cuales, de acuerdo con Robert Alexy, “*ordenan que algo sea realizado*

17 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 49.

18 Ver Díez-Picazo, Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 53.

19 Ver Fernández Segado, F., Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, núm. 39, septiembre-diciembre, 1993, pág. 239.

en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”²⁰.

Es claro que la cuestión se hace más complicada en los casos de colisión entre dos o más tipos de bienes o valores jurídicos, recogidos mediante el enunciado de principios o de mandatos de optimización. En estos supuestos, Robert Alexy alega que su Teoría de los Derechos Fundamentales, en cuya virtud la mayoría de ellos han sido configurados bajo la estructura de principios o mandatos de optimización, tiene como punto de partida el principio de proporcionalidad y sus tres contenidos. Así, de acuerdo con el autor, “una de las tesis fundamentales expuestas en la Teoría de los Derechos Fundamentales, es que esa definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y viceversa: que el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad (...). Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios”²¹. De esta forma, los subprincipios “de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas”²².

Ahora bien, en lo que atañe al principio de idoneidad o adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), Alexy lo desarrolla con el siguiente ejemplo: “Supongamos que el legislador introduce la norma N con la intención de mejorar la seguridad del Estado. N infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido aun bien colectivo. A este principio le podemos llamar P1. La libertad de expresión puede ser concebida como un derecho individual fundamental que se basa en un principio. A este principio le llamaremos P2. Supongamos ahora que la norma N no es adecuada para promover P1, esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe P2, o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación (inidoneidad), existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida N, que aceptando la validez de N. Aceptar la validez de N no conlleva ninguna ganancia para P1 sino sólo pérdidas para P2.”²³. Por su lado, para Ignacio Villaverde Menéndez una medida es idónea o adecuada si, con ocasión de la restricción de un derecho fundamental, ha alcanzado el fin propuesto originalmente; en otras palabras, si ha alcanzado o no el objetivo perseguido con ella, al limitar el derecho fundamental²⁴. Entre tanto, Carlos Bernal Pulido sostiene que en virtud de dicho subprincipio “toda intervención en los

derechos fundamentales debe ser adecuada para construir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”²⁵.

En este orden de ideas, Markus González advierte que la utilización del subprincipio de idoneidad en los últimos años por parte del Tribunal Constitucional Español (siguiendo los desarrollos alemanes sobre el particular) en realidad no supone ninguna novedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero le ha permitido sin embargo ordenar su razonamiento, y potenciar algunos aspectos que deben ser considerados por el intérprete²⁶.

Ahora bien, entre dos o más medidas idóneas o adecuadas para alcanzar el fin propuesto, a la hora de restringir el goce del derecho fundamental, el principio de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) exige, según Robert Alexy, escoger el más benigno con el derecho fundamental afectado²⁷. Lo anterior ha sido descrito por Villaverde Menéndez del siguiente modo: “la exigencia de necesidad o intervención mínima, que consiste en la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo. La medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de

imponer la medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad”²⁸. Por su lado, Carlos Bernal Pulido lo ve de la siguiente manera: “de acuerdo con el principio de necesidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”²⁹. Así, entre todas las medidas idóneas para alcanzar el fin propuesto con la restricción de los derechos fundamentales, el intérprete debe siempre preferir la menos lesiva en el alcance y en el contenido de las libertades fundamentales.

Ahora bien, a diferencia de los subprincipios de idoneidad (o adecuación) y de necesidad, el principio de proporcionalidad persigue la mayor realización posible de los mandatos de optimización (es decir de los principios) con respecto a las posibilidades jurídicas³⁰. Este principio es idéntico a la ley de ponderación, que de acuerdo con Robert Alexy dispone lo siguiente: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Así, siguiendo al mismo autor, la efectiva aplicación de los mandatos de optimización se plasma en la técnica de la ponderación, la cual se puede dividir en tres pasos:

20 Ver Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, pág. 26.
21 Ver Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 26. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español es posible encontrar múltiples casos en los cuales ha desarrollado los alcances del principio de proporcionalidad, como por ejemplo, en las siguientes decisiones: SSTC 66/1995, 207/1996, 37/1998 y 154/2002). De este modo, en la sentencia 169/2001, el Tribunal Constitucional precisó: “que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”.
22 Véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., págs. 26-27.
23 Ver Alexy, R., Derechos. Razonamiento Jurídico y Discurso Racional, op. cit., pág. 46.
24 Véase Villaverde Menéndez, I., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 147.

25 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 42.
26 Véase González Beilfuss, M., Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 4, 2002, pág. 1112.
27 Véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 28.
28 Véase Villaverde Menéndez, I., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 147.
29 Ver Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 42.
30 Véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 31.

- en primer lugar, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios;
- en segundo lugar, es necesario definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;
- por último, se debe establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro³¹.

Todo lo anterior también ha sido desarrollado por Bernal Pulido de la siguiente manera “*en fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general*”³². En términos similares, Nicolás González-Cuellar Serrano ha explicado la manera en que se aplica este subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,

del siguiente modo: “*si el sacrificio de los intereses individuales que comparta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad*”³³.

Una vez realizados los comentarios anteriores, sobre la reconocida clasificación de las normas jurídicas entre reglas y principios (o mandatos de optimización), y la manera en que el juicio de ponderación de los segundos contribuye a lograr su mayor grado de aplicación, de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas que han concurrido en un caso concreto, de seguido será examinado el juicio de ponderación que ha realizado el Tribunal Constitucional Español en la decisión 154/2002 de 18 de junio, en la cual resolvió un recurso de amparo en que “*colisionaron*”, al menos, dos valores o bienes jurídicos fundamentales: el derecho a la vida (y a la integridad física) y la libertad de religión. Se trata sin duda de un caso emblemático en el cual el Tribunal Constitucional Español perfiló los alcances de

31 Sobre todo lo anterior véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., págs. 31-32. En otra oportunidad, el mismo Robert Alexy explicó las implicaciones del principio de ponderación del siguiente modo: “*el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de la colisión. Dado que está ordenado aplicar los principios válidos, cuando ellos son aplicables, y que para su aplicación en los casos de colisión es indispensable llevar a cabo una ponderación, entonces, el carácter de principio de las normas de derecho fundamental implica que está ordenado llevar a cabo una ponderación cuando ellas entran en colisión con otros principios contrapuestos. Esto quiere decir que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental*”. Véase Alexy R., Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., pág. 92.

32 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 42.

33 Ver González-Cuellar Serrano, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990, pág. 225.

la libertad religiosa, así como de sus distintas vertientes, potenciándolas por sobre el valor vida del menor fallecido³⁴. A este respecto, habría que preguntarse, justamente en aplicación de la técnica de la ponderación: ¿Si la satisfacción del valor relativo a la libertad de religión en el caso concreto era de tal importancia que justificaba la afectación o el sacrificio del valor vida del menor de edad? Pues bien, una respuesta a esta interrogante se intentará de seguido.

IV.- El juicio de ponderación en una sentencia del Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa

Como lo expuso el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 1 de la sentencia que ahora nos ocupa, en el recurso de amparo N° 3468/97 fueron impugnadas “*dos Sentencias, ambas de fecha 27 de junio de 1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96. La primera de ellas estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los ahora demandantes de amparo del delito de homicidio por omisión que aquél les imputaba. La segunda de dichas Sentencias, como consecuencia de la expresada estimación del recurso, los condena, “como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante*

de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión”.

En su decisión, el Tribunal Constitucional Español tuvo en consideración los siguientes hechos:

- En primer lugar, la persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad;
- En segundo lugar, la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código penal de 1995);
- En tercer lugar, la conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor;
- Y en cuarto lugar, la causa de la actuación de los padres (propiamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios.

34 Un comentario relevante sobre esta sentencia, y sobre la manera en que el juicio de ponderación puede ser utilizado como un paso previo a la subsunción puede ser encontrado en Moreso, J. J., La Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Barcelona, 2009, págs. 293-307.

De lo anterior se deduce, con toda claridad, que el Tribunal Constitucional Español al resolver ese recurso de amparo realizó el juicio de ponderación sobre dos valores fundamentales, que de acuerdo con la clasificación propuesta por Robert Alexy (entre otros) se corresponde con la estructura de los principios o de los mandatos de optimización, a saber, la libertad de religión y la vida (o la integridad física).

El punto jurídico discutido, de acuerdo con el objeto de la impugnación en ese recurso de amparo, es si las sentencias condenatorias que han sido decretadas contra los padres del menor fallecido (por su negativa de aceptar la transfusión de sangre, alegando motivos religiosos) han vulnerado o no el derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Española de 1978³⁵.

Sobre los alcances de ese derecho fundamental (ahora estructurado como mandato de optimización o principio) la doctrina ha señalado que supone un ámbito de inmunidad de coacción a favor del individuo, para abrazar una fe religiosa determinada y de ordenar su propia vida individual o social de acuerdo con esas creencias³⁶.

En este orden de ideas, la libertad de religión también ha sido definida como: “*un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agiere licere del individuo*”³⁷ y que comporta “*el derecho de los ciudadanos a actuar en ese campo con plena inmunidad de coacción*”³⁸.

Al respecto, se discute si la libertad de religión es un derecho ejercido únicamente por quienes han asumido de previo alguna convicción religiosa desde una perspectiva positiva (es decir, a partir de la creencia de un ser supremo, superior, o la trascendencia del alma humana a la muerte), o si comprende también el caso de los agnósticos y los ateos, cuya libertad de religión se agotaría justamente en el momento en que no han asumido ninguna, por lo que más allá de este ámbito, cualquier otra manifestación de esa escogencia inicial habría que reconducirla a la libertad de pensamiento o de ideología.

Sobre el particular, sin duda es relevante la posición adoptada por Martínez de Pizón Caverro (que es compartida en este trabajo) en el sentido que la libertad de religión comprende tanto las acciones realizadas a

partir de una valoración inicial positiva del fenómeno religioso, como las negativas: agnósticas o ateas³⁹. Lo anterior teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981⁴⁰.

De modo que en esta disposición se brinda igual tutela tanto en el caso en que se asuma una posición positiva con respecto al fenómeno religioso, como en el supuesto en se advierta otro tipo de creencias o convicciones, todas las cuales reclaman el mismo ámbito de protección por parte de los poderes públicos⁴¹. De ahí que resulta incuestionable que la libertad de religión comprende, al menos en el ordenamiento jurídico costarricense⁴², aquellas manifes-

taciones que realicen los particulares luego de haber asumido una valoración positiva con respecto al fenómeno religioso, como aquellas acciones que tengan como punto de partida la negación de las creencias relativas a la existencia de un ser supremo o la trascendencia del alma humana a la muerte.

A mayor abundamiento, Oliveras Jané menciona otra sentencia (46/2001 de 15 de febrero) en la cual el recurrente era la Iglesia de la Unificación. De acuerdo con la autora, en esa decisión se “*utiliza la vía interpretativa del artículo 10.2 CE y reproduce la interpretación del artículo 18.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que realiza el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al Comentario general de 20 de julio de 1993, según el cual el citado precepto “protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o*

35 El artículo 16 de la Constitución Española de 1978 dispone:
“*Artículo 16.*
1. *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”
2. *Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*
3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*”.

36 Véase Barrero Ortega, A., La libertad religiosa en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 91. Otro estudio particularmente relevante sobre el tema puede ser hallado en Valero Heredia, A., La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008

37 Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español 24/1982, mencionada por Barrero Ortega, A., La libertad religiosa en España, op. cit., págs. 91-92.

38 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español 24/1982, mencionada por Barrero Ortega, A., La libertad religiosa en España, op. cit., págs. 91-92.

39 Véase Martínez de Pisón Caverro, J., Constitución y Libertad religiosa en España, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 296.

40 Esta norma dispone: “*Artículo 1. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza*”.

41 A mayor abundamiento, Jacques Robert ha considerado que: “*la liberté religieuse n’est en effet pas seulement la liberté du choix d’une religion mais encore la liberté de professer la croyance ou l’incroyance mas encore la liberté de ne rien professer du tout. On peut faire le choix d’une confession, ne pas le faire ou simplement attendre le moment opportun pour se décider*”. Véase Robert, J., La liberté religieuse et le régime des cultes, Presses Universitaires de France, Paris, 1977, pág. 101.

42 Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense, a diferencia del criterio mayoritariamente sostenido en el sistema de justicia constitucional europeo (particularmente en los casos de Alemania, Italia y España), los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, poseen un carácter normativo indiscutible y constituyen verdaderas reglas jurídicas (no así meros criterios de interpretación de los derechos reconocidos en las distintas Constituciones), motivo por el cual los particulares pueden exigir directamente su cumplimiento ante las autoridades públicas (por ejemplo, mediante la interposición de un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) aunque no estén reconocidos de manera positiva y en forma expresa en la Constitución de la República de Costa Rica. Lo anterior, a partir de una interpretación según la cual dichos instrumentos, a diferencia de otras normas y reglas del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos. Se trata entonces de una construcción efectuada por la Sala Constitucional a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, y que ha sido plasmada en reiteradas decisiones, entre ellas: la N° 1147-90 de 21 de septiembre, N° 1739-92 de 1° de julio, N° 3435-92 y su aclaración: N° 5759-93, N° 2313-95, de 9 de mayo, N° 2000-09685 de 1 de noviembre, N° 2002-10693 de 7 de noviembre, y la N° 2007-1682 de 9 de febrero de 2007.

creencia; los términos creencia o religión deben entenderse en sentido amplio, añadiendo que “el artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales”. De ahí que en esa sentencia se adopta una concepción amplia sobre las creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales⁴³.

Pero también ha dicho la doctrina especializada (y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español) acerca de la libertad de religión (y sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre los alcances y matices que resultan luego del juicio de ponderación de esa libertad con otros valores o bienes jurídicos igualmente recogidos bajo los enunciados de principios o mandatos de optimización, como ciertamente lo constituye, a modo de ejemplo, el principio de neutralidad o de laicidad estatal) que comprende dos vertientes o dimensiones: una interna y otra externa.

De este modo, sobre la vertiente interna de la libertad de religión, Martínez de Pizón Caverro ha comentado que le permite a la persona escoger, con ausencia de coacción, el sistema de creencias, religiosas o no, que cada persona crea como el más adecuado a su conciencia, a sus planes de vida y a los objetivos del perfeccionamiento moral por él elegidos⁴⁴.

Por su parte, en lo que toca a la vertiente externa de la libertad de religión, el Tribunal

Constitucional Español, desde la conocida sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, ha manifestado que: *“incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”.* En otra sentencia, de 4 de junio de 2001, señaló: *“el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (...) pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”.*

Cabe mencionar que el disfrute de la vertiente externa de la libertad de religión no es ilimitado, sino que puede ser restringido, en términos muy generales, por razones de orden público, o bien cuando resulte necesario, en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, así como la protección de los derechos y libertades de los demás (lo anterior justamente luego de realizar el juicio de ponderación que se ha desarrollado en estas notas, con respecto a los principios o los mandatos de optimización en que son enunciados los derechos fundamentales, como en el caso presente la libertad de religión).

Al respecto, la doctrina española ha discutido sobre la manera en que debe ser entendido

el término “orden público” en el contexto del artículo 16 de la Constitución Española, para realizar el juicio de ponderación correspondiente. En concreto: *“¿Se usa en el sentido restringido o policial de incolumidad de personas y cosas o debe entenderse, más bien, en su sentido de amplio ejercicio de los derechos por parte de todos?”.* Sobre el particular se ha preferido la segunda opción, a partir de la relación de los artículos 16 de la Constitución Española de 1978 y 9 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950. Así, esta concepción amplia del concepto del orden público le ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo: *“afirmar sin dificultad que la prohibición del sacrificio privado de reses no vulnera la libertad religiosa de una comunidad judía: se trata de una limitación claramente respaldada por razones sanitarias, máxime de una limitación claramente respaldada por razones sanitarias, máxime cuando es posible adquirir carne de reses sacrificadas en establecimientos públicos que reúne todas las condiciones exigidas por dicha confesión (STEDH Tsedek c. Francia de 27 de abril de 2000)”*⁴⁵. En todo caso, ambas disposiciones exigen la previsión en una norma con rango de ley de los motivos (de orden público) por los cuales se debe imponer una limitación de la vertiente externa de la libertad de religión.

Ahora bien, en lo que atañe a los valores vida e integridad física, éstos han sido reconocidos en el artículo 15 de la Constitución Española de 1978, del siguiente modo:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido: *“dicho derecho a la vida (...) constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”* (STC 53/1985). En este orden de ideas, Marco Aparicio Wilhelmi ha explicado sobre este derecho que supone la facultad de una persona de existir, pero no desde un punto de vista meramente biológico, sino con dignidad. De modo que el derecho a la vida se configura así como presupuesto ontológico, como precondition del resto de derechos de la persona física: *“pero va más allá, pues en sí mismo incorpora, al menos en su contenido más elemental, los aspectos que la dignidad toma y a la vez exige del conjunto de derechos constitucionales”*⁴⁶.

Asimismo, en lo que atañe a la integridad física, el Tribunal Constitucional en la sentencia 120/1990 dispuso que *“garantiza el derecho a la libertad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular”*; por su lado, en la sentencia 7/1994 precisó: *“el derecho a la integridad física*

43 Véase Oliveras Jané, N., *La evolución de la libertad religiosa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Catalana de Dret públic, núm. 33, 2006, pág. 14.

44 Ver Martínez de Pizón Caverro, J., *Constitución y Libertad religiosa en España*, op. cit., pág. 290.

45 Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 247-248.

46 Véase Aparicio Wilhelmi, M. *Los derechos del ámbito individual*, en *Manual de Derecho Constitucional*, Aparicio Pérez, M., y Barceló i Serrallmalera M., Coordinadores, op. cit., pág. 678.

no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso”. Sobre el particular, Marco Aparicio Wilhelmi ha comentado: “el artículo 15 de la Constitución incorpora la protección de la integridad física y moral de toda persona como cobertura y correlato del derecho a la vida. Se trata del derecho de toda persona a decidir sobre las actuaciones que puedan producir un daño o menoscabo en su cuerpo, así como aquéllas que puedan alterar negativamente su bienestar psicológico, o supongan humillación o envilecimiento”⁴⁷. De lo anterior claramente se deduce que tanto los valores vida, como integridad física, no sólo han sido proclamados expresamente en la Constitución Española de 1978, sino también que sus contenidos ha sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Pues bien, al sentar las condiciones de aplicación de los mandatos de optimización que recogen los valores vida e integridad física, por un lado, y la libertad de religión por el otro (es decir, al efectuar el juicio de ponderación), el Tribunal Constitucional consideró en la comentada sentencia 154/2002 de 18 de junio, que: “En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los

padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tanta facultad de autodisposición sobre su propio ser.”

De modo que al efectuar el juicio de ponderación correspondiente (es decir, al fijar las condiciones de aplicación de los valores vida y libertad religiosa) el Tribunal Constitucional admite no sólo que la libertad religiosa no es un derecho absoluto, sino que cede luego de ser ponderado con respecto al valor vida del menor de edad, el cual (según el Tribunal), constituye: “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”. De ahí que, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional no encuentra reparo alguno en la decisión judicial que inicialmente ordenaba la transfusión al menor, pese a las convicciones religiosas de sus padres. Pero luego de todo el cuadro fáctico que se ha expuesto con anterioridad, el menor

finalmente falleció y sus progenitores (que ciertamente poseían la condición de garante) han sido condenados por el delito de homicidio.

A pesar de lo anterior, y pese a reconocer que el valor vida ocupaba en el caso presente un valor predominante sobre la libertad de religión, el Tribunal Constitucional Español consideró que no es posible sentar ninguna responsabilidad penal contra los padres del niño, sin vulnerar el derecho protegido en el artículo 16 de la Constitución Española de 1978. Lo anterior, pese a que los recurrentes tenían (a mi juicio de manera evidente) la obligación de dar auxilio a su hijo y de autorizar (e incluso a exigir) el tratamiento necesario en razón de su padecimiento, lo cual lógicamente incluía la posibilidad de realizar la transfusión de sangre, ante el riesgo de muerte que tenía el menor.

Es claro que en esta decisión el Tribunal Constitucional Español, al sentar las condiciones de aplicación de los valores aludidos, únicamente tuvo en consideración los postulados del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (es decir el juicio de ponderación), por cuanto no se trataba en el presente caso de valorar una restricción o una actuación positiva o negativa de las autoridades públicas con sustento a los principios de idoneidad y de necesidad, sino más bien de potenciar el alcance de dos valores contrapuestos, y de examinar en qué medida el sacrificio de valor vida (e integridad física) se justificaba a causa de la libertad de culto de los recurrentes en ese amparo, cuyas convicciones religiosas le impedían someter al menor a una trasfusión sanguínea.

De ahí que al reconstruir el juicio de ponderación efectuado por el Tribunal Cons-

titucional Español en el caso concreto, es evidente que cede cualquier manifestación externa de la libertad de religión de los padres, por sobre el valor vida del niño fallecido, de ahí que esa manifestación religiosa no encuentra protección constitucional en el grado en que lo exigen los recurrentes en su recurso de amparo, los cuales como se ha dicho tenían la obligación de salvaguardar la vida del menor, quien finalmente falleció, a causa de las convicciones religiosas de los actores.

Es claro entonces que las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios, en que se impusieron sendas condenas penales a los padres del menor, no vulneran, ni por asomo, la libertad de religión de los progenitores, luego de ser ponderada esa aparente manifestación de la vertiente externa de esa libertad frente al valor vida del niño fallecido, por la falta del tratamiento médico necesario.

En este sentido, si por razones de justicia material (ante el fallecimiento del hijo de los recurrentes) se pretendía eximirlos de su obligación de cumplir la sentencia penal, ello no es motivo suficiente como para potenciar, luego de establecer las condiciones de aplicación de los aludidos mandatos de optimización, el valor relativo a la libertad de religión, por sobre la vida del menor fallecido, como se ha producido en ese caso a causa de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Español.

Y es que en el caso presente se ha otorgado a la vertiente externa de la libertad de religión un alcance casi absoluto a causa del juicio de ponderación efectuado por el Tribunal Constitucional, lo cual no se ajusta ni al texto del principio enunciado en el artículo 16 de la Constitución (en que se proclama

⁴⁷ Ver Aparicio Wilhelmi, M. Los derechos del ámbito individual, en Manual de Derecho Constitucional, Aparicio Pérez. M., y Barceló i Serrallmalera M., Coordinadores, op. cit., pág. 682.

la libertad de religión), ni a la manera en que debe ser interpretada esa disposición de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los términos del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978. En todo caso, en la justicia ordinaria se prevén mecanismos particulares para cumplir determinadas condenas penales bajo condiciones especiales, si así lo considera pertinente el juez penal correspondiente, de acuerdo con las circunstancias del caso.

En todo caso, del examen de los hechos que le han servido al Tribunal Constitucional Español para adoptar su decisión, claramente se infiere que se ha conferido en la especie un tratamiento discriminatorio al menor de edad, contrario a su dignidad personal, justamente al haber sido utilizado concientemente como instrumento por sus progenitores para hacer valer sus convicciones religiosas sobre el valor vida del niño ahora fallecido, y sobre los reiterados criterios médicos en el sentido que la transfusión sanguínea era indispensable para recobrar su salud, quien finalmente murió luego de una prolongada situación de sufrimiento a la que fue expuesto por el proceder de sus padres.

V.- Conclusiones

En este trabajo se han tomado los valiosos aportes realizados por Ronald Dworkin y Robert Alexy acerca de la ya tradicional distinción de las normas jurídicas entre reglas y principios, para coincidir con la doctrina más calificada en el sentido que los derechos fundamentales mayoritariamente han sido consagrados en las constitucionales bajo las fórmulas de principios o de mandatos de optimización.

Estos mandatos de optimización tienden a generar mayores dificultades en su aplicación que las reglas jurídicas, las cuales como se ha indicado se apoyan en la técnica de la “*subsunción*”, determinándose si un caso encaja o no en un supuesto de hecho o, bien, si se debe aplicar una consecuencia jurídica a ese supuesto.

Pero también se ha intentado explicar, aunque en términos generales, cómo la técnica de la ponderación logra generar condiciones de aplicación de los principios o de los mandatos de optimización, en que son proclamados los valores fundamentales. De acuerdo con Robert Alexy la ponderación de estos valores fundamentales se logra mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, cuyos componentes también han sido mencionados (sea, la idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), y como son utilizados por el intérprete para precisar el alcance de los derechos fundamentales, frente a las limitaciones decretadas por razones de orden público, o los derechos de terceros.

Con ese fin, y en lo que atañe concretamente a la colisión de valores jurídicos fundamentales, se ha comentado la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002 de 18 de junio, con respecto a los valores vida y libertad de religión. En esta decisión, el Tribunal resolvió un recurso de amparo dirigido contra unas sentencias dictadas a los padres de menor que, por alegar motivos religiosos, se negó a recibir una transfusión de sangre. En estas sentencias se tuvo por acreditada la responsabilidad penal de los progenitores, ante el deceso del menor, quien se negó a recibir el tratamiento por motivos religiosos,

y tampoco fue obligado por sus progenitores a recibirlo, por las mismas razones.

Pues bien, al resolver el amparo el Tribunal Constitucional Español consideró que en esas condenas penales se vulneraba la vertiente externa de la libertad de religión de los recurrentes, lo cual no nos parece acertado, al reconstruir la ponderación entre los valores aludidos. Lo anterior por cuanto, en esa decisión se termina potenciando la vertiente externa de la libertad de religión (otorgándose un valor casi absoluto), por sobre la vida del menor fallecido. De ahí que en las sentencias condenatorias decretadas contra los padres del niño en

ningún momento se ha vulnerado la libertad de religión, la cual más bien debía ceder ante el riesgo tan severo que padecía el niño con respecto a la vida y a su integridad física, lo cual ha sido soslayado en su decisión por el Tribunal Constitucional Español. Sobre todo lo anterior es preciso reiterar la pregunta que se había formulado al finalizar la explicación sobre los alcances del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en el sentido: ¿si la satisfacción del valor relativo a la libertad de religión en el caso concreto era de tal importancia que justificaba la afectación o el sacrificio del valor vida del menor de edad? Una respuesta negativa por lo expuesto se impone en este asunto.

COSTA RICA. LA CONSULTA LEGISLATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD: APUNTES PARA LA TOMA DE DECISIÓN

Dr. Bernal Arias Ramírez

Introducción

Este trabajo pretende estudiar la dinámica de las Consultas Legislativas de Constitucionalidad que realiza la Asamblea Legislativa a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo la idea de servir de aporte objetivo a la discusión judicial y parlamentaria sobre este instrumento, para ello se utilizan datos empíricos y análisis deductivo de su aplicación. Ahora, ¿Por qué el autor ha tenido interés de aportar a la discusión? En primer término porque ha venido observando el desarrollo de los hechos a lo largo de varios años en su vínculo como funcionario legislativo, y, en segundo lugar, a falta de un documento que vertebrara de mejor forma lo acontecido en la relación Legislativo-Judicial, y que sirviera como insumo, tanto a los diputados, como a los jueces en esta inacabada cuestión.

El documento está estructurado en cinco partes, la primera ubica al interesado en una visión general, de suyo, un rigor de tipo introductorio, útil para quienes no hayan tenido contacto con el tema; la segunda parte es en realidad un avance de esta investigación puesto que se pretende culminar todo el período constitucional 2010-2014, no obstante, como espacio temporal podemos adelantar el período que va del 1° de mayo de 2010 al 30 de noviembre de 2012, es decir, abarca básicamente las

legislaturas 2010-2011, 2011-2012, y siete meses de la legislatura 2012-2013.

En la tercera parte del ensayo, se rescata la discusión actual sobre la figura de las consultas legislativas de constitucionalidad en las voces de expertos abogados, exmagistrados y magistrados de la Sala Constitucional, exdiputados y diputados de la Asamblea Legislativa, actores de primer orden en este tema, así como el enfoque de la Procuraduría General de la República y de la Defensoría de los Habitantes de la República.

La cuarta parte toca cuatro temas particulares que son importantes en el análisis pues en todos se ha generado fricción entre los poderes de la República, se trata de la originalmente imprevista práctica de consultar dos o más veces el mismo expediente sin que hubiese cambios o modificaciones en su contenido; la procedencia de la consulta legislativa facultativa cuando las y los diputados hayan dado votación positiva al proyecto de ley que luego consultan; la necesidad de un mecanismo automático de envío de notificación o comunicación cuando se presente una consulta legislativa facultativa a propósito del Proyecto de Ley sobre Regulación del Tabaco; y la admisión o rechazo de varios escritos de consulta legislativa en que se repiten firmas sobre un mismo Proyecto de Ley sin que ese parámetro esté en norma alguna.

La quinta y última parte se dedica al funcionamiento del control de constitucionalidad en la producción parlamentaria comparada, con especial interés en Argentina, Chile, Brasil, España, Francia, Italia y Portugal a la luz de lo que ha desarrollado nuestro país.

Al final se aportará una conclusión general, en ese caso de apreciación subjetiva de las alternativas y de la viabilidad de la reforma.

I- **Habilitación Normativa, Procedimiento y Enfoque General en el Empleo de Consultas Legislativas**

Para empezar, se tiene que la Asamblea Legislativa realiza, de acuerdo a la Constitución Política (art. 10), el Reglamento Legislativo (143 y ss), y la Ley de la Jurisdicción Constitucional (96 y ss) dos tipos de consulta legislativa, por un lado la preceptiva para Proyectos de ley de reforma constitucional, convenios o tratados internacionales, y cuando se reforme la ley de jurisdicción constitucional; mientras que la facultativa para cualquier tipo de Proyecto de Ley concerniente a legislación ordinaria, apoyada con al menos la firma de diez legisladores. Desde la creación del instrumento en 1989 el órgano judicial competente ha evacuado mediante Resoluciones 649 consultas legislativas.¹

La Sala Constitucional en su carácter de órgano asesor-consultivo (no como tribunal o jurisdicción) tiene hasta treinta días naturales para resolver la consulta. Si tuviese reparos sobre la constitucionalidad del trámite (procedimiento de formación de la ley) es vinculante para los parlamentarios, y, si fuesen reproches sobre fondo, se asume como un criterio en su investidura de órgano consejero especializado en materia constitucional, resolución que posteriormente es analizada por los legisladores cuando el Plenario, su Presidente, remita el Voto (Resolución Judicial) a la Comisión de Consultas de Constitucionalidad de la Cámara, panel que deberá informar al Plenario, según el plazo que se le haya otorgado².

La consulta se interpone después de la votación en primer debate y antes de la del segundo, excepto cuando la Asamblea tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, a cuyo tenor se puede anticipar la consulta a partir del dictamen de la Comisión. Este sería el caso, por ejemplo, del Proyecto de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República.³ Ciertamente admitida formalmente una consulta en la Sala Constitucional se interrumpe la votación o en su caso la sanción o publicación del decreto respectivo, excepto en el tema, justamente, de la ejecución presupuestaria, puesto que no todo el presupuesto, en términos

1 Dato suministrado por la Licda. Sonia Patricia Villegas Grijalba, Coordinadora del Centro de Jurisprudencia Constitucional, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

2 No interesa aquí detallar el procedimiento que se ejecuta en la Asamblea Legislativa una vez llegado un Voto de la Sala Constitucional con manifestación de inconstitucionalidad y las prerrogativas que tiene la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad, para ello remitase el interesado a observar las normas del Reglamento Legislativo.

3 Vgr. Consulta Facultativa de Constitucionalidad sobre el Expediente Legislativo N° 18234 “Proyecto de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico 2012. Expediente Judicial N° 11-013875-0007-CO, que se votó por mayoría sin inconstitucionalidades de fondo y trámite mediante el Voto N° 2011-15968.

globales sería objetado sino alguna o algunas partidas⁴.

Entonces, la consulta de constitucionalidad tiene por objeto obtener el criterio u opinión de la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad del proyecto consultado, en orden a contenido y a procedimiento, participando evidentemente en el proceso de preparación de la ley, controlando la conformidad con los preceptos constitucionales. Precisamente una de las críticas que se discutirá más

adelante, sobre todo, cuando se analice una propuesta de reforma a la Ley N° 7135 “Ley de la Jurisdicción Constitucional” es si la emisión del criterio es absolutamente jurídica o bien de oportunidad sobre la preparación de legislación.

Y, refiriéndonos al tema de la oportunidad política, que implica de algún modo ataques o bondades del instrumento consultivo, veremos en la siguiente tabla cuáles son, en resumen, las opiniones que se han vertido al respecto:

COSTA RICA	
Consultas Legislativas de Constitucionalidad	
Opiniones adversas	Opiniones favorables
• Son utilizadas en proyectos altamente polémicos y confrontativos. • Afectan el funcionamiento de la Sala y motivan su descrédito, no por factor cuantitativo sino cualitativo. • Separa a la Sala Constitucional de otras competencias a efecto de priorizar ésta pues tiene plazo de resolución. • La figura ha sido desvirtuada por la Asamblea Legislativa. • Instrumento utilizado por los legisladores con fin político. • Implica juicio político de los jueces en la tramitación de Proyectos de Ley. • Ya existe el instrumento de la Acción de Inconstitucionalidad que hace control a posteriori. • El control de constitucionalidad en el proceso de formación de la Ley lo podría hacer la Comisión Especial de Consultas de Constitucionalidad. • La Sala se convierte en Senado y la Asamblea en Cámara Baja. • Cae en la tentación de sugerir cómo debe aprobarse la legislación. • La Sala no debe ni administrar con el Poder Ejecutivo ni debe colegiar.	• Funciona ex ante como acicate al control y la supremacía constitucional. • La opinión rendida no vinculante por fondo, puede ser un insumo y servir de orientación valiosa. • El control se adelanta a la futura interposición de demandas por roces constitucionales. • Evita que los funcionarios apliquen normas que podrían ser inconstitucionales. • Se protegen los derechos de las minorías sobre todo en abusos de trámite legislativo. • Se controlan las extralimitaciones del derecho de enmienda, la cohesidad y la aplicación del principio de publicidad. • La Sala controla de previo que no se disminuyan derechos individuales y colectivos o bien anonomías en el ordenamiento jurídico.

Fuente: Elaboración propia.

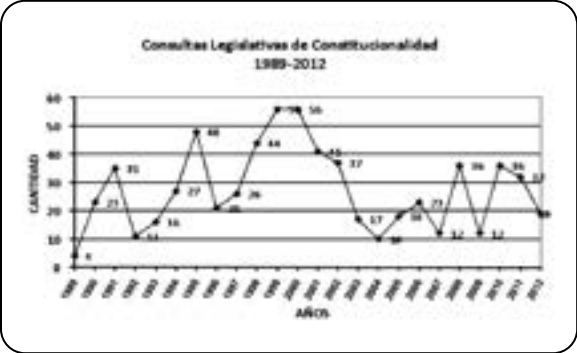
4 Ese ha sido el caso de la resolución N° 12-14515 sobre la Consulta Legislativa a la “Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el ejercicio económico 2013” expediente legislativo 18554, mediante la cual la y los magistrados, por unanimidad, declararon que es inconstitucional la partida presupuestaria número 70104 280 2310 3210 650 por la suma de tres mil seiscientos millones de colones para que se destine a “Municipalidades del país (a distribuir por Decreto Ejecutivo elaborado por el Ministerio de Hacienda para Municipalidades del país, para el fortalecimiento del Régimen Municipal, estimulando el funcionamiento eficiente del Gobierno local y las condiciones de vida de sus habitantes. Los recursos serán destinados a obras y servicios públicos municipales con el fin de promover, administrar y atender los intereses de la colectividad y así lograr una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios y la ejecución de obras en el respectivo cantón. Los recursos serán girados por el Ministerio de Hacienda conforme a la programación financiera y con base en la programación que presente el destinatario y la disponibilidad de recursos del Estado. Código Municipal, Ley 7794 de 30-04-98 y sus Reformas). El Tribunal consideró que lo consultado violaba el principio de especialidad presupuestaria. Este principio es el que vincula al legislador a señalar, en forma concreta, cuál es el destino de una partida presupuestaria. No puede ser general ni global, como sucede en este caso.

Como se observa, las opiniones son divididas con una tendencia mayor hacia ajustar el funcionamiento de las normas existentes que habilitan la operación del instrumento consultivo. Dadas todas esas opiniones, el tema aquí no es cuánto tarda la Sala Constitucional resolviendo las consultas legislativas de constitucionalidad, puesto que la misma ley le señala un plazo determinado de 30 días naturales. Tampoco es relevante el peso cuantitativo de las consultas legislativas respecto del universo de asuntos ingresados en la Sala Constitucional. Es conocido que en términos cuantitativos, las consultas legislativas de constitucionalidad representan aproximadamente un promedio anual de 0.30%; no obstante, el términos cualitativos tiene impacto en los poderes de la República, en virtud que, en temas categóricamente controvertibles, de oportunidad política, algunos partidos utilizan el instrumento, en unos casos de modo necesario y razonable, mientras que en otros, como una forma de obstaculizar la aprobación de proyectos de ley.

El siguiente gráfico nos muestra que no existe tendencia uniforme o un patrón estándar en la evacuación de consultas legislativas de constitucionalidad desde que se creó la Sala Constitucional en 1989. La fluctuación ha sido la característica principal, con altibajos, así se tiene:

- Con más de 50 consultas los años 1999 y 2000,
- Con más de 40 y menos de 50 consultas los años 1995, 1998 y 2001,
- Con más de 30 y menos de 40 consultas los años 1991, 2002, 2008, 2010 y 2011,
- Con más de 20 y menos de 30 consultas los años 1990, 1994, 1996, 1997 y 2006,

- Con menos de 20 consultas los años 1989, 1992, 1993, 2003, 2004, 2005, 2007, 2009 y 2012.



Fuente: Arias Ramírez, B, 2012 con datos de la Sala Constitucional de la CSJ y DRL : www.asamblea.go.cr

La ley de jurisdicción constitucional y el Reglamento legislativo no determinan con claridad cuáles vicios en el procedimiento de formación de las leyes, en caso de ser detectados, producen invalidez desde el punto de vista constitucional, se supone que son aquellos que se refieren a la violación de algún requisito o trámite “sustancial”. Entonces, es la casuística o la revisión particular del trámite de un Proyecto de Ley el que determinará si un requisito “esencial” fue vulnerado y discernir de aquellos actos accesorios o práctica, e invalidar el procedimiento.

La Sala en los últimos años ha venido reconociendo la tesis de la flexibilidad de algunos procedimientos o prácticas parlamentarias, lo que implica que si bien hay un *iter* formal de unidad, no se debe obviar, al mismo tiempo, las voluntades mayoritarias que, en efecto, tienen el derecho de discutir y pronunciarse, pero respetando los principios básicos reglamentarios, el principio democrático, el debate libre, el respeto de minorías, y los de participación y representación política.

Aun con la tesis de flexibilidad reconocida para el órgano político por antonomasia, la Sala Constitucional ha sido inflexible cuando se ha visto frente a una consulta de un Proyecto de Ley que, para las minorías, siguió trámites acelerados, sin debate necesario, de calidad y reflexión; asuntos, desde la óptica de quien escribe estas líneas, de relativo juzgamiento para un órgano externo al Parlamento, ya que en un determinado contexto se pueden reunir voluntades políticas necesarias, incluso reforzadas, que determinen no acudir a un uso excesivo de mociones o de uso de la palabra con el fin de votar por el fondo asuntos; eso, ciertamente, lo tienen diseñado parlamentos como el francés, el alemán, el español y muchos de América Latina, obviamente siempre que se haya cumplido el debido proceso legislativo, que es la ordenación de actos preestablecidos por la Constitución y el Reglamento legislativo, parte del bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional aplicado).

La Sala Constitucional caería en una línea pantanosa si definiera cuándo la Asamblea Legislativa forma por completo la voluntad parlamentaria. Quizá aquí hay una diferencia de matiz entre parlamentarios y jueces, ya que éstos últimos, en ocasiones, no han entendido bien que el Parlamento tiene instrumentos céleres y de urgencia, como la dispensa de todo trámite, las alteraciones del orden del día, el 41 Bis reglamentario “*fast track*”, el 208 Bis reglamentario de “procedimiento especial”, entre otros instrumentos, perviviendo con el procedimiento de tipo ordinario. La longitud con que se analice la aplicación de uno de ellos es muy distinta del empleo de otro.

Por lo anterior, cuando se juzga por consulta legislativa previa si los procedimientos han sido acordes con las normas constitucionales,

los jueces deben conocer con profundidad, todos y cada uno de los instrumentos existentes en el proceso de formación de la ley, que de suyo existen con naturalidad en el derecho parlamentario comparado, el desconocimiento de esta especial disciplina del Derecho es mala consejera a la hora de resolver asuntos en sede judicial.

II- LAS CONSULTAS LEGISLATIVAS EN EL PERIODO 2010-2012

1. Cantidad de consultas preceptivas y facultativas de constitucionalidad en el período Mayo 2010-Noviembre 2012

La Asamblea Legislativa aprobó 266 leyes entre el 1º de mayo de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012. La siguiente tabla nos muestra la relación de proyectos aprobados por legislatura:

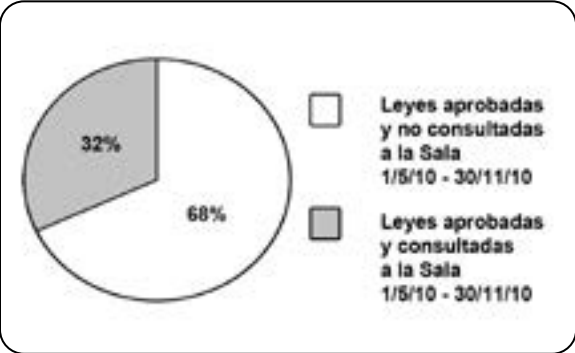
Asamblea Legislativa
Leyes aprobadas
(1º may 2010 al 30 nov 2012)

LEGISLATURA	CANTIDAD DE LEYES
1º de mayo de 2010 al 30 abril de 2011	113
1º de mayo de 2011 al 30 abril de 2012	93
1º de mayo al 30de noviembre de 2012	60
TOTAL	266

Fuente: Marta Mora, Depto. Servicios Parlamentarios, Asamblea Legislativa.

La información es relevante pues veremos que de esas 266 Leyes, en el mismo espacio temporal, cuando se tramitaron esos expedientes legislativos, fueron consultadas a la jurisdicción constitucional 85 iniciativas.

Esto quiere decir, como se muestra en el grafico siguiente, que una de cada tres leyes pasó por la revisión de los jueces.



Fuente: Arias, Bernal, basado en Resoluciones de la Sala Constitucional y datos del Departamento de Servicios Parlamentarios, Asamblea Legislativa.

De las 85 iniciativas consultadas, 59 fueron de tipo preceptivo, entre ellas 57 dirigidas a Proyectos de Ley de Convenios y Tratados Internacionales, una respecto de un Proyecto de Reforma Constitucional y otra sobre una reforma a la Ley de Jurisdicción Constitucional. Solo en un expediente de los enviados preceptivamente, la Sala Constitucional encontró inconstitucionalidad, se trató del Exp. N° 17276 “Aprobación del Tratado entre la República de Costa Rica y la República de Corea sobre Extradición” en que se hallaron vicios de trámite.

En ese mismo período los diputados redactaron 26 consultas facultativas de constitucionalidad, más adelante veremos el desenlace que tuvo este segundo grupo

de consultas. Basta decir de momento que, en términos relativos, como se muestra en la gráfica siguiente, el 70% de las consultas fueron preceptivas, mientras el 30% fueron facultativas.



Fuente: Arias, Bernal, basado en Resoluciones de la Sala Constitucional y datos de la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa.

2. Efectividad de las consultas facultativas de constitucionalidad 2010-12

De las 26 consultas facultativas, 13 de ellas retornaron de la Sala Constitucional a la Asamblea Legislativa sin ningún tipo de señalamiento de inconstitucionalidad versus 13 expedientes legislativos donde el órgano judicial encontró cuestionamientos o roces con la Constitución Política de fondo o de trámite. En términos porcentuales, el 50% de los proyectos de ley por consulta facultativa llegaron al parlamento sin inconstitucionalidad mientras el otro 50% sí tuvo señalamientos.



Hemos de decir que los únicos 13 expedientes donde la Sala indicó inconstitucionalidad, el 46% fueron por vicio de trámite, es decir, 6 de ellos, mientras que un 54%, los 7 restantes, fue por señalamiento de fondo. Bajo otra perspectiva solo 6 de 26 consultas facultativas de constitucionalidad llegó a la Asamblea con vicio de trámite, un porcentaje, a todas luces relativamente bajo que representa el 23%. A continuación veremos en la siguiente tabla los expedientes relativos a consultas facultativas, indicándose además el tema tratado, el número de voto asociado, el resultado obtenido y las bancadas que formularon la consulta

Asamblea Legislativa, Consultas Legislativas de Constitucionalidad Detalle de expedientes legislativos, consultas, votos y bancadas (ordenado cronológicamente por año y núm. de Voto)						
Nº de Exp.	Asunto	Voto Sala Constitucional	Resultado CON / SIN	¿Cómo votaron los jueces?	Bancada que la impulsó	
17684	“Reforma del artículo 2 y derogatoria del artículo 5 de la Ley N° 7352 del 9 de agosto de 1993” Remuneración Diputados.	2010-12025	Con inconstitucionalidad por trámite	<u>Redacta:</u> Cruz <u>Voto unánime:</u> Calzada, Jinesta, Armijo, Cruz, Piza, Castillo y Guerrero. <u>Nota separada:</u> Calzada	17 PLN 2 PUSC 1 ML 1 PRN 1 PRC 9 PAC 1 FA 4 PASE DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES	
14836	“Modificación de varios artículos de la Ley N° 7744, Concesión y Operación de Marinas Turísticas” Primera consulta	2010-12026	Con inconstitucionalidad por trámite	<u>Redacta:</u> Castillo <u>Voto unánime:</u> Castillo, Calzada, Armijo, Jinesta, Cruz, Guerrero y Piza	1 FA 9 PAC 1 PUSC 4 PASE 1 PRC	
17236	“Reforma y adición de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional N° 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas y reforma y adición de un artículo a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558 del 3 de noviembre de 1995 y sus reformas.”	2010-15741	Sin inconstitucionalidad	<u>Redacta:</u> Mora <u>Voto unánime:</u> Armijo, Mora, Jinesta, Cruz, Castillo, Hernandez y Ardón.	10 PAC	

17499	“Reforma y adición de los artículos 22 y 25 de la Ley N° 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres” Primera consulta	2010-16202	Con inconstitucionalidad por el fondo	<u>Redactan:</u> Castillo y Mora <u>Voto de mayoría:</u> Mora, Armijo, Jinesta y Hernández <u>Salvan el voto:</u> Calzada, Castillo y Cruz	7 ML 6 PLN 3 PUSC 1 PRC 1 PRN 1 PASE	
16136	“Reforma del Código de Comercio, Ley N° 3284, de 30 de abril de 1964, y de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de personas en vehículos en la modalidad taxi, N° 7969, de 22 de diciembre de 1999” Primera consulta	2010-16335	Con inconstitucionalidad por trámite	<u>Redacta:</u> Calzada <u>Voto de mayoría:</u> Calzada, Armijo, Cruz, Herónández. <u>Voto disidente minoría:</u> Mora, Abdelnour y Pacheco	9 ML 1 PRC 1 PASE 1 PRN 1 PUSC	
14836	“Modificación de varios artículos de la Ley N° 7744, Concesión y Operación de Marinas Turísticas” Segunda Consulta	2010-18702	Con inconstitucionalidad por el fondo	<u>Redacta:</u> Calzada <u>Voto mayoría:</u> Calzada, Armijo, Cruz y Abdelnour <u>Salvan voto:</u> Mora, Castillo y Hernandez <u>Rechaza plano consulta:</u> Castillo	9 PAC 1 FA 1 PASE	
17499	“Reforma y adición de los artículos 22 y 25 de la Ley N° 8589, penalización de la violencia contra las mujeres” Segunda consulta	2011-00905	Sin inconstitucionalidad	<u>Redacta:</u> Cruz <u>Voto Mayoría:</u> Calzada, Cruz, Armijo, Blanco, Ulate y Salazar <u>Salva el voto:</u> Castillo	6 ML 1 PRC 2 PUSC 2 PLN	
17613	“Reforma a varios artículos del Código Penal y adición de una nueva sección VIII denominada “Delitos informáticos y conexos” al Título VII del Código Penal”	2011-00992	Con inconstitucionalidad por vicio de procedimiento	<u>Redacta:</u> Armijo <u>Voto de Mayoría:</u> Calzada, Blanco, Salazar y Ulate <u>Salvan el voto conjunto:</u> Cruz y Armijo <u>Salva el voto:</u> Castillo	1 FA 2 PUSC 3 PASE 1 PRC 5 PAC	

17156	“Interpretación auténtica del artículo 80 de la Ley N° 4149, de 22 de agosto de 1968, y sus reformas, Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo”	2011-01360	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Mora <u>Voto unánime por tramite:</u> Calzada, Mora, Cruz, Salazar, Abdelhour, Araya y Barahona <u>Voto disidente inconst. por fondo:</u> Calzada, Salazar y Barahona	1 FA 8 PAC 2 PASE 1 PRC 1 PUSC
17672	“Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Popular China”	2011-04519	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Cruz <u>Voto mayoría:</u> Calzada, Mora, Cruz, Jinesta, Castillo y Araya. <u>Voto disidente:</u> Armijo	4 PAC 3 PASE 1 ML 1 PUSC 1 FA
16136	“Reforma del Código de Comercio, Ley N° 3284, de 30 de abril de 1964, y de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de personas en vehículos en la modalidad taxi, N° 7969, de 22 de diciembre de 1999” Segunda consulta	2011-04778	Sin inconstitucionalidad	<u>Redacta:</u> Mora <u>Voto Unánime:</u> Calzada, Mora, Armijo, Cruz, Jinesta, Araya, Pacheco	8 ML 3 PUSC 1 PRC
16679	“Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales” Primera consulta	2011-05268	Sin inconstitucionalidad	<u>Redacta:</u> Castillo <u>Voto Unánime:</u> Armijo, Mora, Jinesta, Cruz, Castillo, Guerrero y Araya	7 ML 5 PUSC
16304	“Ley reguladora del contrato de seguros”	2011-05274	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Guerrero <u>Voto de mayoría:</u> Armijo, Mora, Cruz, Castillo Guerrero y Araya. <u>Voto disidente:</u> Jinesta. <u>Nota separada:</u> Armijo	5 PAC 1 FA 4 ML 2 PASE
16679	“Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales” Segunda consulta	2011-07818	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Jinesta <u>Voto Unánime:</u> Calzada, Mora, Armijo, Jinesta, Cruz, Castillo, y Araya. <u>Salva voto en cuanto a no admisión:</u> Castillo	6 ML 2 PUSC 2 PASE

16306	“Ley de Impuesto a las personas jurídicas” Primera consulta	2011-12611	Sin inconstitucionalidad	<u>Redacta:</u> Castillo <u>Voto de mayoría:</u> Mora, Cruz, Rueda y Castillo <u>Voto disidente:</u> Calzada, Armijo y Jinesta	8 ML 1 PRC 2 PUSC 1 PAC
16306	“Ley de impuesto a las personas jurídicas” Segunda consulta	2011-14965	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Jinesta <u>Voto de Mayoría:</u> Jinesta, Salazar, Castillo, Rueda y Hernandez, estos tres últimos dan razones diferentes. <u>Voto disidente:</u> Calzada y Cruz	9 ML 3 PUSC
16861	“Ley para establecer el derecho de jubilación anticipada de las y los trabajadores y la Reforma de la Ley de Protección del Trabajador de 16 de febrero de 2000”	2011-15655	Con inconstitucionalidad por fondo	Redacta: Cruz <u>Voto Unánime en cuanto a un punto:</u> Armijo, Jinesta, Cruz, Castillo, Rueda, Salazar y Hernandez. <u>Por mayoría en otro punto:</u> Todos los anteriores excepto Castillo, Amijo y Rueda, éstos salvan el voto. También salvan el voto en ese punto Jinesta y Hernandez. <u>Con opinión diferente:</u> Castillo, Rueda y Salazar.	18 PLN 4 PASE
18234	“Ley de Presupuesto Ordinaria y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico de 2012”.	2011-15968	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Castillo <u>Voto de mayoría:</u> Mora, Castillo, Rodríguez y Rueda. <u>Salva el voto:</u> Calzada <u>Salva el voto:</u> Jinesta y Cruz. <u>Nota:</u> Cruz y Rueda.	1 FA 4 PASE 3 PUSC 3 ML
17171	“Ley para el reconocimiento de incentivo por peligrosidad a favor de agentes de seguridad y vigilancia del Ministerio de Educación Pública y otros Ministerios.”	2011-15969	Con inconstitucionalidad por trámite	Redacta: Mora <u>Por unanimidad:</u> Calzada, Mora, Jinesta, Cruz, Castillo, Rueda y Rodríguez.	11 PLN
17218	“Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER)”	2012-01963	Con inconstitucionalidad por el fondo	Redacta: Jinesta <u>Por unanimidad:</u> Armijo, Jinesta, Mora, Cruz, Castillo, Pacheco y Salazar. <u>En algún punto salvan el voto por separado:</u> Armijo y Castillo	9 PAC 1 FA 1 ML 3 PASE 1 PRN

17410	“Ley para la Regulación y Comercialización de Bebidas con contenido Alcohólico”	2012-02675	Con inconstitucionalidad por el fondo	<u>Redacta:</u> Cruz <u>Por unanimidad:</u> Armijo, Mora, Cruz, Rueda, Rodríguez, Pacheco y Guerrero	1 PRC 4 ML 3 PASE 1 FA 2 PUSC
17371	“Ley General del control del Tabaco y sus efectos nocivos en la Salud”	2012-03818	Sin inconstitucionalidad	<u>Redacta:</u> Rueda <u>Por mayoría:</u> Armijo, Cruz, Castillo, Rueda y Piza <u>Votos disidentes en sentido de no admisión de la consulta:</u> Jinesta y Calzada por separado	5 ML 2 PUSC 3 PLN
18261	“Ley de solidaridad tributaria”	2012-04621	Con inconstitucionalidad por trámite	<u>Redacta:</u> Jinesta <u>Voto por unanimidad:</u> Calzada, Jinesta, Mora, Armijo, Rueda y Castillo <u>Ponen nota:</u> Calzada, Armijo, Cruz y Castillo	4 PUSC 9 ML 1 FA 4 PASE
18032	“Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial”.	2012-11506	Sin inconstitucionalidad	<u>Redacta:</u> Mora <u>Voto de mayoría:</u> Mora, Armijo, Cruz, Castillo y Rueda <u>Salva el voto y declara inadmisible la consulta:</u> Calzada <u>Salva el voto:</u> Jinesta	1 FA 1 PRN 18 PLN 1 PUSC
18207	“Ley de reconocimiento de los derechos de los habitantes del Caribe Sur”	2012-13367	Con inconstitucionalidad por el fondo	<u>Redacta:</u> Rueda <u>Voto unánime:</u> Jinesta, Cruz, Castillo, Rueda, Salazar, Guerrero y Araya	1 FA 6 PAC 1 ML 1 PLN 1 PASE
18554	“Ley de presupuesto ordinario y extraordinario de la República para el ejercicio económico 2013”	2012-16393	Con inconstitucionalidad por fondo (1 partida)	<u>Redacta:</u> Castillo <u>Voto por unanimidad:</u> Calzada, Armijo, Jinesta, Cruz, Pacheco y Ulate	7 PAC 2 ML 2 PUSC 1 FA
Fuente: Arias Ramírez, Bernal, 2012, con datos de Asamblea Legislativa y Sala Constitucional de la CSJ.					

De las 26 consultas facultativas impulsadas, 9 fueron redactadas por la bancada del Movimiento Libertario⁵ obteniendo votos de inconstitucionalidad únicamente en 2 oportunidades.

Por su parte, el Frente Amplio buscó firmas para consultar 6 proyectos de ley⁶ obteniendo en 3 oportunidades juicios de inconstitucionalidad por trámite.

El Partido Acción Ciudadana⁷ elaboró 6 consultas en igual número de expedientes, de manera que solo en 3 oportunidades recibió respuesta positiva de inconstitucionalidad.

El PLN consultó junto con otros diputados 3 expedientes, siendo que en todos ellos la Sala Constitucional determinó inconstitucionalidades en dos casos por trámite y en una

por fondo, se trató de los Proyectos de Ley que pretendía aumentar la remuneración para los diputados, la jubilación anticipada y el incentivo de peligrosidad para agentes de seguridad y vigilancia del MEP y otros Ministerios.

El PUSC redactó dos consultas, en ambos casos proyectos de ley que efectivamente fueron declarados inconstitucionales, se trató de la iniciativa “Ley de Solidaridad Tributaria”⁸ que golpeó fuertemente al gobierno por haber sido declarado inconstitucional por trámite, prácticamente sin subsanación posible y el Proyecto de Ley de bebidas con contenido alcohólico.

La siguiente tabla muestra que las dudas de constitucionalidad son tratadas con mayor rigurosidad en unos partidos respecto a la utilización del instrumento en otros.

Asamblea Legislativa			
Consultas Facultativas de Constitucionalidad			
<i>(Nº de consultas de proyectos por partido y resultado) (1º de mayo al 22 de noviembre 2012)</i>			
Partido Político que redactó el escrito de consulta legislativa facultativa de constitucionalidad	Número de Consultas Facultativas	Con declaratoria de inconstitucionalidad	
		Absoluto	Porcentual
Movimiento Libertario	9	2	22%
Partido Frente Amplio	6	3	50%
Partido Acción Ciudadana	6	3	50%
Partido Liberación Nacional	3	3	100%
Partido Unidad Social Cristiana	2	2	100%
Partido Renovación Costarricense	-	-	-
Partido Restauración Nacional	-	-	-
Partido Accesibilidad sin Exclusión	-	-	-

Fuente: Elaboración propia, basado en datos de la Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional de la CSJ.

5 El tipo de temas escogidos por la bancada libertaria han sido: Taxis, penalización de violencia contra las mujeres, protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, impuestos a las personas jurídicas y control del tabaco.

6 El Frente Amplio tuvo interés de sumar su firma en consultas legislativas en temas como: la Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, los delitos informáticos y conexos, la Concesión y Operación de Marinas Turísticas, tránsito, derechos para los habitantes del Caribe Sur y Presupuesto 2012.

7 Los temas de consulta impulsados por la bancada del PAC fueron: Reforma y adición de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, el TLC con China, la Ley reguladora del contrato de seguros, y transformación del IDA en INDER.

8 La Sala Constitucional recibió las consultas legislativas facultativas de constitucionalidad acumuladas Nos. 12-003518-0007-CO y 12-003544-0007-CO, respecto a la aprobación del proyecto de ley denominado “Ley de Solidaridad Tributaria”, que se tramita en el expediente legislativo Nº 18.261. La segunda consulta se produjo por ampliación de argumentos mediante escrito razonado, como se dijo, acumulado por el Voto Nº 3920-2012 de las 16:30 hrs. de 20 de marzo de 2012.

Desde el punto de vista ideológico no cabe duda que las bancadas que suelen confeccionar consultas legislativas facultativas lo hacen cuando a lo largo del trámite han adversado la iniciativa de ley. La tendencia es marcada en el caso del Movimiento Libertario, que no ha tenido tacha de consultar proyectos en segunda ocasión aun cuando no se le hubiesen hecho cambios por el fondo al proyecto de ley, relentizando el trámite, por virtud que la Sala en esa segunda oportunidad no halló inconstitucionalidades, ya que había pasado por la criba de su ámbito competencial, ciertamente es una bancada con un bajo porcentaje de éxito en declaratorias de inconstitucionalidad como se ve en la tabla anterior.

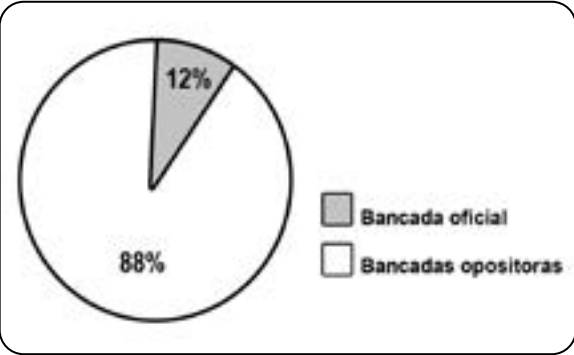
En igual sentido político-ideológico han sido los juicios utilizados por el Frente Amplio y el Partido Acción Ciudadana cuando han impulsado consultas facultativas. Esto no obsta para señalar que en un par de expedientes hubo realmente duda en todas las bancadas, se trató de la primera consulta al proyecto sobre violencia contra las mujeres, expediente N° 17499 y la iniciativa de aumento en la remuneración de los diputados, expediente N° 17684.

Como se ve en la tabla previa, la fracción oficialista (PLN) en el gobierno, no suele redactar ni presentar ante la Sala Constitucional numerosas consultas legislativas facultativas y en muy pocas ocasiones sus diputados acompañan con la firma otras consultas de bancadas distintas, como ocurrió ocasional y aisladamente. En este tema, la bancada liberacionista es fundamentalmente uniforme y disciplinada.

Los diputados del PASE, una parte de la fracción del PUSC y los unipersonales de

Renovación Costarricense y Restauración Nacional acostumbran firmar consultas legislativas cuando diputados de otras fracciones se lo solicitan con el objeto de llegar al umbral de 10 legisladores firmantes o más. Aquí hemos de resaltar que el promedio de firmas de legisladores que apoyaron las 26 consultas facultativas objeto de examen fue de 13.7 diputados, sobrepasando ampliamente el umbral de 10 diputados como mínimo.

De lo anterior se colige que la consulta facultativa de constitucionalidad es un instrumento mayoritariamente utilizado por las bancadas políticas de oposición en este caso instado en un 88% por las fracciones políticas distintas a la gubernamental, lo cual podríamos decir se convierte en una especie de instrumento de control político, revestido de control jurídico. La siguiente gráfica nos ilustra esa relación:



Fuente: Elaboración propia.

No se contemplan las consultas preceptivas de constitucionalidad ya que éstas son traslados de Oficio de los Expedientes Legislativos, sin memorial razonado por parte de los diputados, con lo cual los Magistrados no se restringen a dudas singulares de constitucionalidad, sino por lectura general a cualquier aspecto que pudiese tener algún

reproche, aunque, excepcionalmente, en algunos Convenios Internacionales coincidió la consulta preceptiva con alguna facultativa de diputados sobre el mismo expediente, como fueron los casos de Tratados de Libre Comercio, específicamente el CAFTA, con China, con Canadá, con Chile, con México, entre otros.

Finalmente hemos de comentar que en términos de redacción de votos del período analizado 2010-12 de consultas facultativas de constitucionalidad (26 en total), el Magistrado Castillo fue el que más Votos redactó con seis casos, quizá por la experiencia de haber sido asesor parlamentario en algún momento de su carrera profesional; le siguen los Magistrados Cruz y Mora con cinco cada uno; luego el Magistrado Jinesta con cuatro; la Magistrada Calzada y el Magistrado Rueda con dos cada uno; y con una sola redacción el Magistrado titular Armijo y el Magistrado suplente Guerrero.

III- **Discusión Actual sobre la Figura de la Consulta Legislativa de Constitucionalidad**

Para la Asamblea Legislativa los intentos de reforma a la consulta legislativa de constitucionalidad no han sido nuevos, el Expediente Legislativo N° 13.039 a mediados de la década de los noventa intentaba derogar el inciso b) del artículo 96 y reformar el 97 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En aquel momento se decía que la Asamblea debía recobrar su verdadero papel en la formación de la ley y diferenciar

en forma clara las competencias de la Sala Constitucional y de la Asamblea Legislativa, ameritando su revisión.

Otros Proyectos de Ley donde el legislador pretendió ajustar el artículo 96 y ss de la Ley de Jurisdicción Constitucional fueron el 13.699 y el 14.308. En estos expedientes la Procuraduría General de la República, se pronunció en contra de la eliminación de la consulta legislativa facultativa⁹, empero, deslizó la idea de elevar el número de firmas de diputados, manifestándose así:

“Dicho lo anterior, más bien somos de la tesis de que se debe elevar el número de firmas de Diputados que se requieren para plantear la consulta a la Sala Constitucional. Nos parece que se debería exigir el número mínimo de un tercio de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Ello supondría que se recurriría a la consulta solo cuando exista un importante consenso en el parlamento, y no como ocurre en la actualidad que se plantea la consulta, en algunos casos, debido a la labor de convencimiento que hace un Diputado sobre otros, sin que para ello se cuente con el respectivo aval de las fracciones parlamentarias. /.../”.

También en el Expediente N° 16282 presentado en el año 2006 el legislador siguió buscando un punto medio en el tema de las consultas legislativas que se ajustara a una buena relación entre Asamblea y Sala Constitucional. Incluso en el Expediente N° 16976 elevaba a 29 diputados de 57 que componen la Asamblea, el número requerido para presentar una consulta legislativa de constitucionalidad.

9 Vid. Opinión Jurídica N° OJ-010-2001 de 1° de febrero de 2001, relativa al Proyecto de Ley N° 13699, y la Opinión Jurídica N° OJ-112-2001, de 15 de agosto de 2001, rendida con ocasión del Proyecto de Ley N° 14.308.

Esta cantidad de proyectos de ley evidencian que se ha vivido una intensa discusión respecto de la definición de las reglas que debe regir la función colaboradora de la Sala Constitucional como la llamó en su momento el ex magistrado Piza Escalante.

En la iniciativa de ley del diputado Fishman Zonzinski, N° 17743, que está en el tercer lugar del orden del día de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, texto que pretende hacer una reforma integral a la Ley de Jurisdicción Constitucional N° 7135, elimina la consulta facultativa dejando únicamente la preceptiva. La justificación que hace ese legislador en la exposición de motivos dice:

“...Si bien es cierto que la Sala atiende por definición discusiones políticas, pues de lo que se encarga es de resolver la rama del derecho más política que existe, no menos cierto es que sus decisiones son (o deben ser) ante todo jurisprudenciales, apegadas al derecho vigente, y no de oportunidad política, ni mucho menos de libre creación legislativa. Debe entenderse asimismo, que la labor de fiscalizar el respeto a la Constitución y el desarrollo de sus principios, no es monopolio

de la Sala Constitucional, sino deber de todos los Poderes del Estado, e incluso, de todos los ciudadanos, eso sí dentro del marco de competencia que le fija a cada quien la Carta Política.”

En las discusiones (observables en las actas) han resaltado las siguientes corrientes:

- Eliminar totalmente la consulta legislativa preventiva de constitucionalidad asumiéndose la revisión o el control posterior por acción de inconstitucionalidad.
- Elevar la cantidad de firmas requeridas para que las y los legisladores puedan enviar una consulta, barajándose la cifra de un mínimo de 19 diputados.
- Dejar la ley como está ahora con solamente 10 firmas sin modificar la letra de la ley.

El siguiente cuadro muestra lo que se encuentra en vigor, lo que pretende el legislador Fishman y el texto sustitutivo aprobado en la Comisión de Asuntos Jurídicos:

Ley 7135 “Ley de la Jurisdicción Constitucional	Proyecto de Ley N° 17743	Texto sustitutivo 23/11/2010 Exp. 17743
Artículo 96. Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre losproyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados. c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados,interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional. ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.	“Artículo 96.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.	“Artículo 96.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa preceptivamente sobre los proyectos de reforma parcial de la Constitución, los de convocatoria a Asamblea Constituyente, y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. En el caso de cualesquiera otros proyectos de Ley, de la aprobación parlamentaria de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa, la Sala Constitucional ejercerá la opinión consultiva previa únicamente para determinar la existencia o no de infracciones a trámites o requisitos sustanciales de procedimiento, cuando así lo soliciten facultativamente al menos diecinueve Diputados en el plazo de cinco días hábiles luego de haberse aprobado el asunto en primer o único debate, según sea el caso.”

La Defensoría de los Habitantes de la República en el Oficio DH-0548-2010, de 19 de agosto de 2010, suscrito por la señora Ofelia Taitelbaum, estimó que la consulta como instrumento procesal legítimo ha sido, sin embargo, indebidamente utilizada por parte de la Asamblea Legislativa con fines estrictamente políticos que a fin de cuentas han entrabado la labor legislativa. Y, agrega “En tal sentido, estima la Defensoría que la solución adoptada es inadecuada pues prácticamente elimina la consulta previa. Si la pretensión es poner fin al manejo político de este instituto procesal, debe pensarse más bien otra alternativas, tales como hacer calificada la utilización del instrumento modificando –aumentando valga decirlo- el número de legisladores que plantean la consulta.”¹⁰

Uno de los señalamientos importantes que hizo el órgano defensor es que, no solo se elimina la consulta facultativa de los legisladores, sino, también, la legitimación directa para plantear las consultas previas que quisiera hacer la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República e incluso la Defensoría de los Habitantes de la República, cuando se trate de Derechos Humanos, que están habilitados en los incisos c) y ch) del actual artículo 96 de la Ley N° 7135, en ese sentido, agregan que la tutela preventiva ha sido un filtro que crea una garantía directa a instituciones de control, en el ámbito de sus competencias.

Sin embargo, visto de otra forma, también podría ser una invasión de esos órganos

de control en el proceso de formación de la ley. Entonces, por un lado podrían coparticipar advirtiendo vulneración eventual de derechos humanos o sus mecanismos de garantía, pero, por otro, podrían no resistir a la tentación de constituirse indirectamente en “legisladores” en virtud de dudas y sugerencias de constitucionalidad de las normas, las cuales evidentemente se pueden revisar en control de constitucionalidad mediante el instrumento de las acciones de inconstitucionalidad.

El órgano Defensor indica que “...en oposición a lo que suele argumentarse en el sentido de que este tipo de control previo constituye el gobierno de los jueces en tanto se inmiscuye en asuntos netamente políticos, se refuta esa posición señalándose que al ser un órgano judicial el encargado de realizar la labor de control de constitucionalidad, el análisis se constreñirá al ámbito puramente jurídico y nunca conforme a criterios políticos o de oportunidad.”¹¹ Aquí la Defensoría le da un voto de confianza plena a los jueces en su rol de administradores de justicia y nunca portadores o correas de transmisión política.

Nos vimos a la tarea de observar el Informe de la Subcomisión creada para conocer el texto del Proyecto de Ley N° 17743 que estableció, que en materia de consulta facultativa se aumentara el número de Diputados de diez a diecinueve, sea un tercio de la Cámara, siempre que se determine la existencia o no de infracciones a trámites o requisitos sustanciales de procedimiento. Es decir, la Subcomisión recomendó no permitir la consulta facultativa por fondo sino

únicamente por violación de trámite y con el nuevo número de legisladores apoyándola. En folio 181 del expediente legislativo de cita, se expresa “*En este apartado, el texto propuesto busca limitar las atribuciones de la Sala Constitucional en el proceso de formación legislativa, restringiendo las consultas previas prácticamente a las establecidas en el artículo 10 inciso b) de la Carta Política //No sobra decir que esta facultad de las jurisdicción constitucional es de las más cuestionadas a nivel comparado, pues es indudable el peligro de que sus decisiones influyan en la configuración de la voluntad legislativa, quebrándose el principio democrático*”.

El diputado Fishman justifica el Informe de la Subcomisión¹², recordando que fue uno de los que promovió en su momento la Ley de Jurisdicción Constitucional, indicando¹³ que el tema de la consulta legislativa a la Sala, siempre se discutió y quedó claro que era producto de determinar que las minorías tuvieran una defensa para el eventual caso de que esas minorías se hubieran visto perjudicadas, no por el fondo sino en cuanto a la forma, es decir, que el procedimiento que se siguió en el Parlamento fuese correcto para aprobar o rechazar una ley. En concreto utilizó el ejemplo del Convenio Atunero¹⁴ que en ese contexto la Presidencia de la Asamblea quería aplicar una mayoría absoluta, cuando

requería una mayoría calificada, sintiéndose en indefensión las minorías que no estaban de acuerdo con el instrumento internacional.

La Corte Plena en Oficio N° SP-43-11 del 4 de febrero de 2011, en análisis del texto sustitutivo propuesto por la Subcomisión y aprobado en la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre el Exp. N° 17743 “Ley de Reforma a la Jurisdicción Constitucional”, indica que en la sesión N° 2-11, del 24 de enero lo discutió basado en el estudio de la Magistrada Calzada y que en el caso particular de la consulta legislativa se expresó así:

*“La norma tal y como está diseñada no resulta lesiva del derecho al acceso a la jurisdicción constitucional de grupos políticos en una realidad bipartidista. Por el contrario, en un escenario multipartidista podría resultar lesiva del derecho al acceso a la jurisdicción constitucional de minorías políticas, en defensa de la Constitución Política y de los derechos de los ciudadanos. Este es un tema que a mi criterio debe advertirse, aunque considero que es de resorte exclusivo de los diputados fijar el número de ellos que consideran es el viable para acudir en consulta.”*¹⁵

Parecido al pensamiento de la Magistrada Calzada lo tiene el exdiputado Urcuyo

¹⁰ Véase Folio N° 78 del Tomo I, del Expediente Legislativo N° 17743.

¹¹ Vid. Oficio DH-0548-2010, de 19 de agosto de 2010, suscrito por la señora Ofelia Taitelbaum, Defensora de los Habitantes de la República.

¹² Informe suscrito por los diputados Luis Fishman, Francisco Chacón G., Carlos H. Gongora F, y Víctor E. Granados C. No acompaña con la firma el diputado José M. Villalta Florez-Estrada. Folios 144 a 151 del Tomo I del Exp. N° 17.743.

¹³ Véase Acta de la Sesión Ordinaria N° 36 del 19 de octubre de 2010 de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa.

¹⁴ En Acta de la Sesión N° 44 de la Comisión de Asuntos Jurídicos del 16 de noviembre de 2010, a raíz de la discusión del Exp. N° 17743, el Lic. José Miguel Corrales B. confirma que el tema de la discusión del Convenio atunero fue un factor que propició la urgencia del Parlamento de tener una instancia donde hacer consultas. Este ex legislador se decanta porque no se elimine el instrumento de las consultas legislativas, las que para él son poquísimas. Tampoco comulga con el número de consultantes aduciendo haría nugatoria la instrumentalización de la competencia.

¹⁵ Véase folio 296, Tomo II, y folio 833, Tomo IV, del Exp. Leg. N° 17743.

Fournier al afirmar “...yo no estoy de acuerdo en que se suba a diecinueve, me parece que tiene que permanecer en lo que está, los derechos de las minorías tienen que ser respetados y más aún en un contexto de multipartidismo, como el que nosotros estamos viviendo. Además, estas consultas no atascan la Sala.” Pero de modo contradictorio inmediatamente añade: “Les voy a decir una cosa, siendo parte de la clase política aunque no político en este momento, pero bueno, quiénes han llenado la Sala de política, los diputados, hemos utilizado los que hemos sido y los que son diputados, el recurso de la Sala para prolongar el combate político, entonces no son los Magistrados los que judicializan la política, sino que tiene que haber también una autocontención y restricción de su poder por parte de los diputados.”¹⁶

Esta preocupación de las minorías ha salido a flote en la discusión nacional. El Magistrado Jinesta Lobo ha expresado que “*si bien esta modalidad de control de constitucionalidad a priori, es una valiosa herramienta para garantizar los derechos de las minorías políticas, es lo cierto que, también se ha abusado del instrumento, lo que expone a la Sala Constitucional a participar del escenario político, con el consiguiente desgaste y la crítica infundada de que se judicializa la política*”.¹⁷ Incluso este juez constitucional se decanta por aumentar el número de legisladores para la admisión de una consulta legislativa de constitucionalidad sugiriendo elevar el número a 20 o 25 diputados.

El exmagistrado Carlos Arguedas en comparecencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea expuso que las resoluciones sobre consultas legislativas no están ajenas a ser instrumento de la lucha política, por lo que la jurisdicción constitucional fue muy celosa de cuidar el principio de responsabilidad política. No obstante, agregó:

“*En ocasiones la Sala Constitucional sentía en cierto modo manipulación de la consulta, como presentarla y retirarla, o presentarla por tantos y retirarla por tantos, o presentarla por pocos y añadirle posteriormente, etcétera, eran modalidades de manipular la cooperación que podría brindar la jurisdicción para la depuración del derecho que se creaba y hacerla participar en la toma de decisiones políticas.*”¹⁸

Con un ejemplo sencillo el jurista Arguedas define el riesgo que existe y consistió en uno de tantos proyectos de ley de producción de impuestos, a principio de los años noventa, en que la Sala encontró que no había inconstitucionalidad, la información se dio en la prensa, y el titular fue: “Sala Constitucional avala los impuestos” y una columna de opinión que decía “ se ve que los Magistrados no tienen que pagar impuestos, que los avalan...”. En ese caso la responsabilidad política de la creación de impuestos se había desplazado del medio político donde tiene naturalmente que radicar esa responsabilidad, que es la Asamblea Legislativa. A partir de aquella época el órgano judicial comenzó a resistirse

a formar parte de la evidente manipulación del instrumento de consulta.

Considera Arguedas que en algunas ocasiones y en ciertos períodos de producción legislativa, particularmente de instrumentos internacionales, algunos de ellos complejos, la Sala prácticamente se paraliza para poder resolver las consultas legislativas en el plazo establecido por la ley, plazo que manifiesta ser angustioso. Pese a ello, conservaría la consulta preceptiva para ciertas hipótesis, particularmente los Tratados internacionales, probablemente las reformas constitucionales y, añade “...muy probablemente seguiría la vena de otros países que han extirpado la consulta facultativa del sistema o aceptaría que la Asamblea Legislativa según su leal saber y entender, porque esa es una decisión política que me parece que en nada afecta a la Sala, incremente el número de diputados que pueden hacer la consulta facultativa, ese es un problema de juego del poder legislativo, no creo que afecte mucho a la Sala.”

El Lic. Fabián Volio tiene la opinión de delimitar la función consultiva respecto de las reformas constitucionales, para este abogado, la Sala no debería emitir criterio previo en fondo o contenido de un proyecto de ley que pretenda cambiar parcialmente normas constitucionales, salvo que se trate de la violación de trámites legislativos, pues esa función constituyente reside únicamente en la Asamblea Legislativa. Esa misma posición la comparte el autor de este trabajo¹⁹ en publicación del año 2000 criterio que adversa la Presidente de la Sala Constitucional cuando señala “...se está eliminando en este

proyecto la posibilidad de que la Sala como lo establece ahora, revise lo que tiene que ver con las reformas constitucionales. Yo me pregunto si no es un Tribunal Constitucional el que tiene que revisar las reformas constitucionales, quién lo revisaría en un Estado democrático. Me parece que el órgano encargado es el Tribunal Constitucional o la Sala Constitucional, es como si el día de mañana en materia de Familia o en materia Civil se elimine la posibilidad de revisión de un asunto por parte de la jurisdicción que le corresponde revisar ese asunto.”²⁰

Para éste ensayista, desde ningún punto de vista se comparte esa tesis, pues es una forma inadecuada de invasión de competencia de la solemnidad que significa el Poder Constituyente reformador que se coloca por encima, en ese caso, de cualquier otro órgano o poder constituido, en ese sentido, lo que decida en representación del pueblo soberano la Asamblea no es revisable por la Sala Constitucional, salvo que ocurriera reproche constitucional en el procedimiento seguido, en particular sobre los pasos que contiene el artículo 195 de la Constitución Política.

Volio Echeverría no se limita a exponer esa incompetencia sino que se inclina por la eliminación total de la consulta legislativa facultativa previa, recordando que España la había suprimido. Las razones que brinda se sustentan en área de fricción, por un lado, “... porque los diputados utilizan la consulta para el filibusterismo político, y hemos visto casos donde diputados votaban favorablemente un proyecto de ley, pero aun así firman

16 Véase Acta de la Sesión Ordinaria N° 18 de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Políticos, de fecha 27 de julio de 2011.
17 Jinesta Lobo, E., “Reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional”, en; “20 años de Justicia Constitucional 1989-2009”, Sala Constitucional de la CSJ y EUNED, pp. 1-11.
18 Vid. Acta de la Sesión Ordinaria de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, N° 55, del martes 1º de febrero de 2011.

19 Arias Ramírez, Bernal, “Incompetencia de la Sala Constitucional para enjuiciar por el fondo proyectos de ley de reforma constitucional”, En: “Revista Parlamentaria”, Asamblea Legislativa. (Costa Rica), Vol. 8, N° 3 (dic. 2000), pp. 173-211.
20 Opinión vertida en el Informe discutido en la Sesión N° 2-11, celebrada el 24 de enero de 2012, Corte Plena, Poder Judicial.

una consulta de constitucionalidad, para crearle un problema al Ejecutivo o a otras fracciones. Pero además, le permiten a la Sala Constitucional intervenir en la vida parlamentaria.”²¹ Añade que “Esta consulta de todos modos me parece que no es necesaria, porque nuestro modelo desde el año treinta y ocho ya permite que el ciudadano presente las acciones de inconstitucionalidad contra la ley ya aprobada sin autorización de nadie. Es decir, es una facultad de toda persona que en un proceso pueda presentar una acción de inconstitucionalidad.”

El Magistrado Cruz hace un planteamiento jurídica y políticamente correcto señalando “...me parece que los diputados debieran tener posibilidades de plantear acciones, pero claro, entonces vean, ustedes están en el proyecto pensando en hacer más difícil la consulta facultativa, pero entonces eso significa que por algún otro lado, los diputados en un determinado número debieran tener posibilidades de acción.”²² Esta salida que plantea Cruz Castro a la Comisión de Asuntos Jurídicos podría ser una vía alternativa ya que, por un lado se podría elevar razonablemente el número de diputados consultantes, pero, por otro, se habilitaría a los diputados, sea, individualmente, o mediante un número bajo de ellos, dotándoseles de legitimación activa para incoar acciones de inconstitucionalidad.

Para finalizar esta parte, el Magistrado Rueda Leal refiriéndose a la nueva redacción incorporada en el texto sustitutivo aprobado por la Comisión de Asuntos Jurídicos el

23 de noviembre de 2010, decía que “... en materia de consulta parlamentaria, me pareció positiva la distinción que se hace entre reformas o consultas por el trámite y consultas que hacen por el fondo. Y me pareció interesante a la solución que se llegó eclética de mantener una cantidad de diputados de 10 para el tema de consultas por el trámite pero aumentarla a 19 cuando se trata de consultas por el fondo.”²³ Y, como la mayoría de jueces constitucionales que han vertido opinión, señala que los diputados pueden elegir el modelo constitucional, mismo que está dentro del ámbito propio de la voluntad del legislador.

IV- Temas Particulares Relevantes sobre el Instrumento Consultivo que son Objeto de Examen

1. Consultar dos o más veces el mismo expediente sin que hubiesen cambios o modificaciones en su contenido

En otro tema, hay que anotar que la presente Asamblea está realizando una práctica parlamentaria atípica y abusiva de las normas en la tramitación de consultas legislativas facultativas, al consultar hasta en dos ocasiones el mismo expediente legislativo, eso ha ocurrido en un corto tiempo con los siguientes Proyectos de Ley:

- “Reforma del Código de Comercio, Ley N° 3284, de 30 de abril de 1964, y de la

Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de personas en vehículos en la modalidad taxi, N° 7969, de 22 de diciembre de 1999”, Expediente N° 16136.

- “Reforma y adición de los artículos 22 y 25 de la Ley N° 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres”, Expediente N° 17499.
- “Modificación de varios artículos de la Ley N° 7744, Concesión y Operación de Marinas Turísticas”, Expediente N° 14836.
- “Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, Expediente 16679.
- “Impuesto a las personas jurídicas”, Expediente 16306.

El tema de marinas turísticas y de violencia contra las mujeres, pese a que en el tiempo de análisis, que es relativamente corto y reciente, fueron consultados dos veces, ya habían tenido en ocasiones anteriores sendas consultas legislativas, con la precisión que éstos proyectos de ley sí habían sufrido enmiendas distintas a las originalmente consultadas.

Esta práctica de consultar dos o más veces un Expediente no está contemplada en el Reglamento de la Asamblea Legislativa ni en la Ley de Jurisdicción Constitucional, es decir, no está autorizada por norma, pero tampoco está prohibida, en ese sentido, la práctica debería ser corregida en el nivel de admisibilidad (autocontrol de sus asuntos) en la Sala Constitucional o por rechazo de plaN° Ahora bien, si continúa la equivocada tendencia los legisladores la podrían ajustar

por reformas al Reglamento o modificaciones a la Ley N° 7135 (LJC).

Los Magistrados constitucionales comparecientes han dicho que ese ajuste es parte de la *interna corporis* del Parlamento evitando referirse al asunto, con lo cual, evidentemente, es una discusión netamente legislativa.

En este aspecto se comparte lo dicho por el Magistrado Castillo Víquez en el Voto N° 7818-2011, a razón de la segunda vez que los diputados consultaban el Expediente Legislativo N° 16679 “Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, cuando en el considerando XIII en que plasma su voto salvado, expresa lo siguiente:

“Difiero del voto de mayoría en cuanto evacua la consulta legislativa, y en su lugar la rechazo de plano con fundamento en las siguientes razones. Este proyecto de ley viene por segunda vez a la Sala Constitucional en consulta de constitucionalidad facultativa. Si bien la Ley de Jurisdicción Constitucional no regula el número de veces que un proyecto de ley puede ser consultado al Tribunal Constitucional, es lo cierto del caso de que la consulta facultativa de constitucionalidad tiene característica de ser un proceso constitucional de naturaleza extraordinario, el cual le permite a la Sala Constitucional conocer de previo sobre la inconstitucionalidad de los vicios de procedimiento y de fondo que le indican los consultantes...”

Expresó también, dicho juez, que en Alemania y España el instrumento fue eliminado por los abusos cometidos en su uso, por la parálisis de la acción legislativa y por el peligro que representaba para el programa de gobierno

21 Véase Acta de la Sesión Ordinaria N° 60 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, del 16 de febrero de 2011.
22 Acta de la Sesión Ordinaria N° 14, de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, de fecha 05 de julio de 2011.
23 Véase Acta de la Sesión Ordinaria N° 18 de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, de fecha 27 de julio de 2011.

Asimismo, indicó que el exceso de consultas facultativas de constitucionalidad sobre un mismo proyecto lo que hace es judicializar la política, lo cual tiene un efecto pernicioso, toda vez que lesiona el principio de equilibrio entre los Poderes del Estado.

El autor de estas líneas recuerda que los diputados cuentan con el recurso de aclaración y revisión que se gesta desde la Comisión de Consultas de Constitucionalidad. Esa medida se utiliza excepcionalmente por haber llegado el expediente con inconstitucionalidad y existir otras dudas que han de ser ampliadas. Aparte de ello la legislación no contempla la revisión preventiva de proyectos por segunda vez sin modificación de contenido.

En otro razonamiento del voto disidente, que creemos o tenemos fe va a ser pronto el de mayoría, indica que las dudas y objeciones se trazan bajo el prisma de la colaboración entre Poderes del Estado, que deben plantearse en una sola vez y no de forma diferida en el tiempo, pues ello afectaría el buen funcionamiento de la Cámara y desnaturalizaría el control previo de constitucionalidad en la vertiente facultativa.

Hemos de agregar que la Sala Constitucional también propicia que un expediente legislativo vaya dos veces a esa instancia en consulta legislativa y es en aquellos casos cuando el órgano judicial encuentra vicios sustanciales del procedimiento, y omite referirse a lo consultado respecto al fondo del proyecto, lo que evidentemente permite que una vez subsanados los yerros procedimentales, procedan los diputados nuevamente a consultar a la Sala el mismo expediente legislativo para que se pronuncie y revise el fondo, como ocurrió con “Marinas

Turísticas”. En otras palabras, bajo el prurito de economía procesal de no pronunciarse sobre fondo, más bien, desde el punto de vista procesal se está invirtiendo la intención, pues hace más lenta la decisión de aprobar el Proyecto de Ley en segundo debate. Esto por supuesto es un tema que habrá que ajustar.

Dado lo anterior no debería ser admitida una segunda, tercera o más consultas sobre un mismo proyecto de ley. Ciertamente este trabajo concluye que de las 85 consultas legislativas formuladas solo en 13 ocasiones se encontraron vicios de fondo o forma, lo que representa un porcentaje bajísimo de reparos que está en torno a 15.3% de todos los asuntos consultados. Esto desmitifica que los diputados cometen constantemente errores en el procedimiento o bien incluyen normas claramente inconstitucionales, sucede lo contrario, solo en muy pocos casos la Sala IV enmienda la plana a la Asamblea.

Por último lleva razón el Magistrado Castillo cuando nos recuerda que la Sala ya había zanjado este tema en el Voto N° 121-93 a razón de una segunda consulta sobre el Proyecto de Ley N° 11344 sobre el Proyecto “Ley General de Concesión de Obra Pública”. La Sala dispuso que no es justificable la constante intromisión en la actuación reservada a los diputados y a la propia Asamblea, indicándole al Parlamento que hiciera uso de su auto regulación para que no se utilizara la figura como instrumento de obstrucción técnica. Aquí se acota que la autoregulación de un órgano político colegiado representativo, compuesto por distintas bancadas y que representa disimiles intereses no es el adecuado para aplicar autocontrol, distinto a un órgano jurisdiccional que tiene capacidad para

auto-regular temas en los cuales ya ha emitido resolución.

No cabe duda que este es un tema que se está saliendo del límite normal de funcionamiento, probablemente tendrá que ser revisado en el futuro, sea por el legislador o por los jueces.

2. Procedencia de la consulta legislativa facultativa cuando las y los diputados hayan dado votación positiva al proyecto de ley

La Presidenta de la Sala Constitucional, Calzada Miranda, en un reciente escrito – artículo- de agosto de 2012 “*La procedencia de las consultas legislativas*”, aclaratorio del voto salvado en la Sentencia N° 11506-12, relativo al Exp. Leg. N° 18032 “Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y seguridad vial”, estableció de modo sincero y directo que si un legislador en su función de representante del pueblo votaba un proyecto de ley positivamente, su obligación –por juramento a la Constitución y a la Ley- era revisar su texto antes del ejercicio del sufragio, si consideraba que había inconstitucionalidad debía oponerse o votarlo en contra, pues no es válido que un legislador vote positivamente proyectos de ley que luego consulta a la Sala Constitucional porque le surgen dudas de constitucionalidad, igualmente quienes votan positivo están manifestando su acuerdo con el texto. Para la juez eso resulta una incoherencia que de manera sistemática se ha venido produciendo, utilizando al órgano judicial en control preventivo en una posición de legitimidad ciertamente dudosa, haciendo un llamado a la responsabilidad del ejercicio parlamentario para que asuma su responsabilidad y obligaciones inherentes. ¿Por qué salva el voto y declara inadmisibles la consulta del proyecto de ley de cita?

En consideración a que el 21 de junio de 2012 de los treinta y nueve votos emitidos solamente dos diputados votaron en contra el Proyecto de Ley de Tránsito. Cuando elevaron la consulta llevaba la firma de veintiún diputados y diputadas, de los cuales diecisiete aprobaron el proyecto de ley, otros se sumaron porque estaban ausentes en la votación.

De esta singular posición hay que comentar algunos aspectos, el primero, cuando a los diputados, en su lenguaje, les interesa “blindar” un proyecto de ley que luego será un cuerpo legal en vigor, suelen usar el mecanismo de consulta, aun cuando voten positivamente el proyecto de ley, con el objetivo de que no pueda ser en el futuro cercano atacado por inconstitucionalidad por la vía de la acción de inconstitucionalidad, ya que habría pasado recientemente por el tamiz de la Sala Constitucional. Desde nuestra óptica esa es una práctica no deseable.

Tampoco la Ley de Jurisdicción Constitucional ni el Reglamento Legislativo en el diseño actual impide a los legisladores consultar proyectos de ley dependiendo de su forma de votar que, por lo demás, el tipo de votación generalmente aplicada es la ordinaria y no la de naturaleza nominal.

Por otro lado, si se comparte el criterio de la señora Calzada cuando indica que “Votar a favor para luego consultar, amenaza convertir la Consulta en un proceso distinto al que es, y a la Sala Constitucional en algo distinto a un Tribunal”, en sus palabras “especie de cajón de sastre”.

Algo que no se entiende y no se comparte en el Voto salvado, se refiere a la afirmación de que la Consulta Legislativa Facultativa no

forma parte del procedimiento de aprobación de las leyes ni es parte integradora de ese procedimiento, deslindando la justicia y la jurisdicción constitucional del ejercicio del Poder Legislativo. Evidentemente si hay una co-participación del judicial colaborando con el legislativo en el proceso de control a priori de la aprobación de las leyes, injerto, que si bien es cierto es impropio en algunos Parlamentos, en otros coexiste, y forma parte de la dinámica de la producción de la ley, como se explica más abajo cuando se analizan sistemas comparados como el francés, español, brasileño, entre otros. Se suma a esta tesis una serie de normas desarrolladas en el Reglamento Legislativo y en la LJC, que se imbrican entre sí.

Como punto de discusión el señalado por la Presidente de la Sala es de tomar en cuenta cuando se quiera hacer ajustes a las normas existentes.

3. ***Necesidad de un mecanismo automático de envío de notificación cuando se presente una consulta legislativa facultativa***

Otro tema que surgió recientemente fue en relación con la Consulta Facultativa de Constitucionalidad del Proyecto de Ley N° 17.371 “Ley General de Control del Tabaco y sus efectos nocivos en la salud”.

Este caso creó un sinsabor que llegó a ambas esferas de los poderes públicos, no por el contenido del proyecto de ley que a resultas es loable y en pro de la salud de los costarricenses, sino por la forma en que se dieron los hechos.

Se dieron dudas de admisibilidad de la consulta, pues fue presentada a las 13:52 horas del 27 de febrero de 2012, mientras que ese mismo día a las 16:07 horas, en sesión ordinaria N° 147 se estaba aprobando en segundo debate el Proyecto de Ley. Lo anterior quiere decir que quince minutos antes de la votación el Movimiento Libertario y otros diputados presentaron en tiempo y forma el escrito, que por Constitución y Ley haría suspender el trámite de segundo debate, no obstante, se supone, los diputados desconocían dicha presentación.

Como procedía la Sala admitió como correspondía la consulta pese a ese segundo debate, eso sí, se suspendió la sanción del Ejecutivo hasta tanto no se emitiese el pronunciamiento de la Sala Constitucional. Las gestiones de los legisladores finalmente fueron infundadas y no existían vicios de inconstitucionalidad alegados.

Esta anécdota jurídica nos hace reflexionar sobre el momento o la oportunidad para la presentación de la consulta y un mecanismo ágil de comunicación y respuesta, entre los poderes de la República y la participación de las bancadas políticas en el conocimiento de esa información, ello para que se dé la certeza necesaria que no invalide posteriormente o anule un cuerpo legal completo.

4. ***La admisión o rechazo de varios escritos de consulta legislativa sobre un mismo Proyecto de Ley sin que ese parámetro esté en norma alguna***

En ejercicio del control de constitucionalidad *a priori*, en el caso del llamado popularmente

Proyecto de Ley de “Combo del ICE” en el año 2000, que en la realidad era la “Ley para el mejoramiento de los servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones y de participación del Estado”, que se tramitó en el expediente legislativo número 13.873, contiene cuestiones interesantísimas para comentar.

Cuando fue aprobado en trámite de primer debate, “llovieron” consultas legislativas de las bancadas, elaboradas por aparte o bien con apoyo combinado de suscriptores. El punto es, que en abuso del artículo 96 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional se vio en una situación nunca antes vista en fase de admisibilidad

De los escritos razonados que ingresaron²⁴, la Sala manifestó en el Voto N° 3220-2000 que resultaban evacuables, como consultas legislativas facultativas únicamente las que se tramitaron en los expedientes números 00-002411-007-CO y 00-002449-007-CO que, para el órgano, eran las que cumplían con los requisitos formales establecidos en la

ley; es decir, de ser presentadas y firmadas por un mínimo de diez diputados (inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en memorial debidamente razonado y que el proyecto de ley en cuestión haya sido aprobado en primer debate, lo que en el caso concreto ocurrió el veintiuno de marzo del dos mil.

La Sala, también estimó que las consultas tramitadas en los expedientes número 00-002455-007-CO y número 00-002670-007-CO, eran inevacuables por cuanto no cumplían con el requisito establecido en el citado inciso b) del artículo 96, pues valoró que en ellas se repetían firmas de diputados consultantes que habían ejercido su facultad consultiva en la segunda de las consultas admitidas; tal fue el caso de los diputados Manuel Larios Ugalde, Justo Orozco Álvarez, Otto Guevara Guth, Alex Sibaja Granados, Oscar Campos Ch. y Walter Muñoz Céspedes.

La pregunta aquí es ¿qué norma constitucional o legal establece que un legislador sólo debe apoyar con su firma un libelo de consulta? Ninguna disposición

24 Véase Consultas legislativas facultativas de constitucionalidad, que se tramitaron acumuladas y que fueron promovidas: a) la primera (expediente número 00-002411-007-CO-S) por los diputados Carlos Vargas Pagán, Eliseo Vargas García, Ovidio Pacheco S., Manuel A. Bolaños Salas, Rina Contreras L., Abel Pacheco de la E., Belisario Solano S., Sergio Salazar R., Orlando Báez M., Jorge Eduardo Sánchez, Emanuel Ajoy Ch., Rafael Villalta, Ligia Castro, Alvaro Trejos, Irene Urpí, Danilo Ramírez, Elberth Gómez, Horacio Alvarado, Gerardo Medina, Everardo Rodríguez, Marisol Clachar, Vanessa Castro y Carlos Salazar; b) la segunda (expediente número 00-002449-007-CO), por los diputados José Manuel Núñez González, Manuel Larios Ugalde, Walter Muñoz Céspedes, Guido Vargas Artavia, Justo Orozco Álvarez, Célmo Guido Cruz, Otto Guevara Guth, Alex Sibaja Granados, Oscar Campos Ch. y José Merino del Río; y c) la tercera (expediente número 00-002455-007-CO), por los diputados Ricardo Sancho Chavarría, Manuel Larios, Walter Robinson Davis, Otto Guevara Guth, José Merino del Río, Justo Orozco, Walter Muñoz Céspedes, Oscar Campos Chavarría, Alex Sibaja Granados y Frantz Acosta Polonio. De manera independiente, en expediente número 00-002670-007-CO, se tramita la consulta formulada por los diputados Rafael Arias Fallas, Róger Vílchez Cascante, Sonia Villalobos Barahona, Frantz Acosta Polonio, Oscar Campos Chavarría, Alvaro Torres Guerrero, Alicia Fournier Vargas, Guillermo Constenla Umaña, Carlos Villalobos Arias, y María Isabel Chamorro Santamaría. Por resoluciones número 02758-00, de las once horas y la número 02759-00, de las once horas tres minutos, ambas del veinticuatro de marzo del dos mil, las consultas que ocupan los expedientes números 00-002449-007-CO y 00-002455-007-CO, se acumularon a la tramitada en expediente número 00-002411-007-CO, por referirse al mismo proyecto de ley, a fin de resolverlas en forma conjunta y evitar pronunciamientos que pudieran ser contradictorios.

lo establece ni lo restringe, aquí se difiere, por principio de legalidad, de lo expuesto por la Sala, aunque se comparte, que en caso de firmas de diputados sin identidad visible y cierta, que haga imposible el número de diez suscriptores, deba ser automáticamente declarada inevaluable la consulta legislativa facultativa.

Siguiendo este punto crítico de la jurisprudencia, el órgano jurisdiccional valoró la presentación indiscriminada de consultas preguntándose si podría conducir a desnaturalizar el proceso y convertirlo en un abuso del derecho.

Además se preguntó si admitida la primera consulta facultativa que paraliza el procedimiento podrían ser presentados otros escritos de dudas de constitucionalidad con la firma de al menos diez legisladores durante el mes de plazo en que todavía no ha sido resuelto el primer expediente judicial que ingresó a la Sala. Pues bien, en este último supuesto determinó razonablemente que gestiones posteriores ante la Sala Constitucional antes de su pronunciamiento haría imposible el ejercicio de la competencia como lo ha previsto la ley, de modo que se admitirían las que se presentaran primero en tiempo.

Sin embargo para el caso concreto de análisis “Combo ICE” la Sala actuó con demasía en discrecionalidad ya que admitió dos consultas presentadas el mismo día en que se dio primer debate (21 de marzo de

2000) y rechazó las restantes, aduciendo que fueron presentadas en estrados, una, el día 22 de marzo del 2000, un día después de las dos que se adelantaron, y la otra, el día 29 de marzo de 2000²⁵. En este aspecto, no se observa mala fe en el Expediente Judicial 00-002455-007-CO, puesto que esta consulta estaba dentro del hipotético día de espera constitucional, es decir, entre el día del primer debate respecto de lo que sería la programación de la fecha de votación en segundo debate. De hecho, la tercera consulta legislativa facultativa estaba redactada en mejores términos constitucionales que las dos primeras, solo que el mismo Gobierno de turno que impulsaba la iniciativa de ley, a través de su bancada oficial (PUSC), como estrategia, tenía lista una consulta medianamente endeble que fue presentada no más votándose el primer debate, estratagemas que forman parte de los juegos políticos en que se ve inmersa la Sala.

Ahora bien, manteniendo su línea jurisprudencial la Sala examina, únicamente, los extremos cuestionados en forma concreta por los consultantes y no los aspectos generales de un proyecto de ley, cuestión que hemos dicho propicia la doble presentación de consultas. E, incluso, en 1999 el órgano jurisdiccional se había pronunciado negativamente sobre la posibilidad procesal de ampliar los términos de las consultas²⁶.

Tampoco la Sala Constitucional se ha pronunciado, en la vía de consulta legislativa sobre escritos presentados por

particulares, universidades, instituciones u organizaciones de la sociedad, los cuales declara improcedentes, pues el instrumento es privativo para legisladores y otros órganos de la Administración tasados en el artículo 96 de la Ley N° 7135. En este aspecto se diferencia de las coadyuvancias que operan en las acciones de inconstitucionalidad.

V- El Funcionamiento del Control de Constitucionalidad en la Producción Parlamentaria Comparada

No se quiere dejar de lado qué sucede con el tratamiento de la constitucionalidad en la producción de la ley y en otros asuntos de Cámaras Bajas en algunos países de América Latina como Argentina, Chile y Brasil o bien europeos, de sistema románico, como el francés, español, portugués e italiano, ello con el objetivo de confrontarlo con nuestro diseño institucional, que no es tan nuestro como lo vamos a ver y comprobar líneas abajo.

En unos casos el sistema ha sido creado para que los propios Parlamentos con Comisiones Legislativas de Constitucionalidad, bajo el principio de responsabilidad política, hagan la tarea de depuración de la legislación que se dictamina en otras comisiones parlamentarias y que se aprueba en el Pleno; mientras que en el caso francés, el costarricense réplica parcial de éste, y el español, únicamente para el caso de tratados internacionales, involucran a órganos judiciales –tribunales- externos, como el Consejo Constitucional, la Sala Constitucional o el Tribunal Constitucional

respectivamente. Veamos cómo funciona el control de constitucionalidad de las normas antes de entrar en vigor en cada uno de esos países.

En la **Argentina**, compete a la Comisión de Asuntos de Constitucionalidad dictaminar sobre todo proyecto o asunto que pueda afectar principios constitucionales y sobre aquellos que versen sobre legislación electoral, ciudadanía y naturalización. (art. 62). Este mismo diseño aplica **Italia** con una Comisión de altísimo nivel y fuerza, la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara es una comisión de consulta y opinión obligatoria, a diferencia de las otras comisiones, emite parecer sobre legitimidad constitucional de proyectos legislativos. Se fija en las competencias normativas y en la legislación general del Estado. Su dictamen se adjunta al texto y lo conoce el Ple N° En caso de que la Comisión dictaminadora se separe del criterio de la Comisión de Asuntos Constitucionales, debe indicar las razones en el dictamen. Curiosamente el Tribunal Constitucional italiano sólo participa en dos funciones: 1. Enviando a la Comisión de Asuntos Constitucionales las sentencias que emita para ser distribuidas y conocidas; 2. Los pronunciamientos que emita la Comisión de Asuntos Constitucionales se imprimen y comunican al Tribunal Constitucional. (art. 108 Reglamento).

Los casos chileno y brasileño se manejan distinto, han dotado de poder al la Mesa Directiva o al Presidente de la Cámara. Bien, entrando en materia, no hay un procedimiento definido en el Reglamento **chileno** sobre tratamiento de los asuntos respecto de la constitucionalidad de ellos. Lo único que se establece es que un diputado puede pedir la división de una proposición antes del

25 La consulta contenida en expediente 00-002670-007-CO, se recibió en la Secretaría de la Sala el veintinueve de marzo del dos mil a las catorce horas treinta y seis minutos, evidentemente ésta era absolutamente extemporánea según nuestro criterio.

26 Véase, al efecto, la sentencia número 07887-99 de las quince horas cincuenta y siete minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve

cierre del debate donde se pueda incurrir en una decisión inconstitucional, situación que debe ser calificada por el Presidente de la Cámara, éste es el que determina si un asunto es constitucional o no (art. 146.b Reg. Cámara Baja). El caso de **Brasil** es un poco más depurado, es a la Mesa del Congreso la que le compete proponer acción de inconstitucionalidad por iniciativa propia o a requerimiento de Diputados de Comisión. Además la Presidencia rechaza aquellas proposiciones que evidentemente sean inconstitucionales (art. 137 del Regl. Interno de la Cámara de Diputados). Asimismo el art. 145 establece que en apreciación preliminar del Pleno deliberará en cuanto a si la propuesta es constitucional y jurídicamente adecuada. Sin embargo, se le encomienda la tarea de hacer la revisión a la Comisión de Constitución y Justicia que es la llamada a sanear el vicio de inconstitucionalidad, es decir, esta Comisión hace control de inconstitucionalidad. Si hubiese declaratoria en ese sentido no se somete al Pleno, sino hasta cuando se haya corregido el vicio. Una vez hecha la enmienda y el Pleno la encuentra adecuada se retoma el curso de la propuesta hasta su votación final.

Nuestro sistema de consulta legislativa indudablemente fue, a las claras, una copia del diseñado en **Francia**²⁷. En ese país europeo el control de constitucionalidad es facultativo no preceptivo. Las leyes orgánicas, antes

de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos últimos legitimados, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación (art. 61 Constitución). La notificación de una decisión anulatoria del Consejo Constitucional se hace constar en el *Journal Officiel*. (art. 4 Reglamento Asamblea Nacional). Cuando ha sido requerido el Consejo Constitucional, a fin de determinar si un compromiso internacional contiene alguna cláusula contraria a la Constitución, no podrá someterse a discusión el proyecto de ley que autorice la ratificación o su aprobación (art. 129.1 Regl.).

Un sistema muy parecido se tiene en **Costa Rica** que a diferencia de Argentina, Italia o en parte Brasil, y, pese a que creó reglamentariamente la Comisión Perma-

²⁷ Consejo Constitucional también arbitra conflicto de competencias entre el Gobierno y el Parlamento en el trámite de formación de la ley. Si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una proposición o una enmienda no pertenece al ámbito de la ley o es contraria a una delegación concedida en virtud del artículo 38 (Const. Pol.), el Gobierno podrá oponerse a su admisión. En caso de desacuerdo entre el Gobierno y el Presidente de la Asamblea, el Consejo Constitucional, a petición de una u otra parte, se pronunciará en el plazo de ocho días. (art. 41 Constitución). En otras palabras, si es aceptada la tesis del gobierno, la consulta la recibe el Presidente de la *Comisión de las Leyes Constitucionales, de la Legislación y de la Administración General de la República*. Si la razón de inadmisibilidad no es aceptada, en la Asamblea se eleva el asunto al Consejo Constitucional, ello por desacuerdo entre gobierno y Presidente de la Asamblea, en consecuencia se suspende el debate. (art. 93 Regl.).

nente Especial de Consultas de Constitucionalidad (art. 88 Reg.), ésta es de poca relevancia, carece de control de constitucionalidad de lo que dictaminan otras Comisiones o conoce el Plenario, siempre actúa a posteriori cuando viene un Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando manifiesta que un proyecto de ley es inconstitucional, en ese sentido se limita a estudiar la Sentencia, enmendar el texto del proyecto de ley si procede o bien sugerir que se mantenga el texto reprochado, o que no tiene arreglo enviando de vuelta el Informe al Plenario. Entonces, la Comisión es de naturaleza residual de lo que dicte la Sala Constitucional.

Y, volviendo a la comparación con Francia, se optó porque operara un mecanismo de consultas de constitucionalidad de esa raigambre. Ciertamente la jurisdicción constitucional (en su carácter de tribunal y también en su naturaleza de asesor especializado) realiza control de constitucionalidad de proyectos de reforma constitucional, de convenios y tratados internacionales, y de otros proyectos de ley (vid. art. 10.b Const., 143 al 146 y 165 Reglamento Legislativo, y 96 al 101 de la Ley de Jurisdicción Constitucional).

A riesgo de repetir la explicación, aunque por didáctica en ese aparte es necesario recordarlo. Por un lado, la Sala Constitucional ejerce opinión consultiva previa sobre proyectos legislativos, en unos casos preceptiva (Reformas constitucionales – trámite-, tratados y convenios internacionales o bien cuando se pretenda reforma la Ley de Jurisdicción Constitucional) y consultas facultativas a instancia de por lo menos 10 diputados, después de la votación en primer debate y antes del segundo debate (en caso

de Ref. Constit. en primera legislatura). El trámite se suspende y la Sala tiene 30 días (igual que Francia) para opinar. Si no existen objeciones de constitucionalidad del proyecto, su trámite sigue su curso normal. En caso contrario, el expediente, con la opinión se remiten, como se indicó, a la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, por el plazo que el Presidente fije razonablemente, el cual podrá ser prorrogado. Si la Comisión tiene dudas sobre la opinión puede solicitar adición o aclaración. El Plenario conoce el Informe de la Comisión, si la comisión por moción modifica texto –el que se consideraba inconstitucional- el expediente ocupa el primer lugar en trámite de primer debate –se retrotrae-, caso contrario, iría al primer lugar de segundos debates del orden del día. El proyecto será enviado al archivo si el Presidente de la Asamblea decide que los trámites considerados inconstitucionales por la Sala no pueden ser jurídicamente subsanables. Para la Asamblea la inconstitucionalidad por trámite es vinculante (se vuelve al lugar anterior en que se dio la o las inconstitucionalidades) y no son vinculantes si tratan sobre aspectos de fondo (aunque casi siempre se acatan).

Finalmente, en **Portugal** el art. 5 del Reglamento de la Asamblea de la República dota de poder a los diputados de modo individual o conjunto “n) para requerir al Tribunal Constitucional una declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de normas para efecto del art. 281 de la Constitución”. Otra cuestión: Para segundo debate (art. 213), en el caso de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de alguna norma que constare en un Tratado, la resolución que lo apruebe debe ser confirmada por mayoría de dos tercios de los diputados presentes.

Conclusión

Los datos de las tres últimas legislaturas establecen que de cada tres expedientes uno está siendo consultado (preceptiva o facultativamente) a la Sala Constitucional. En el caso de las consultas facultativas básicamente como un instrumento de los partidos de oposición con un rendimiento de 50% de declaratoria de inconstitucionalidad.

Por otro lado se han discutido varias alternativas para reformar el artículo 96 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional relativo a las consultas legislativas, en dado caso que se realice hay que hacer lo propio con reformas al Reglamento Legislativo. Un grupo se decanta por la derogatoria total de las consultas, mientras que otro, sobre todo representado por partidos de oposición de la Asamblea actual pretende que continúe el statu quo, mientras que una tercer corriente que es la que logró aprobar un texto alternativo indica que, cuando se trate de consulta facultativa de fondo se eleve el número a 19 diputados, que sería un tercio de la Asamblea, mientras que en el caso de las dudas de constitucionalidad de trámite, en virtud de la protección de las minorías quede la cifra de diez diputados consultantes como mínimo.

Ahora, resulta interesante la posibilidad de que los diputados puedan presentar con legitimación de pleno derecho acciones de inconstitucionalidad, ello como contrapartida en el caso de que se eleve el número de legisladores en el tema de consulta facultativa.

Hay otros aspectos puntuales que habría que redactar en una reforma viable, como el tema de repetición de firmas, consultar un expediente legislativo dos o más veces, crear un mecanismo de comunicación eficiente entre Sala y Asamblea o Asamblea y Sala, la obligación de pronunciamiento de la Sala sobre fondo y trámite cuando así se emita el escrito razonado de los diputados con lo cual hay economía procesal parlamentaria.

Otra alternativa de mayor horizonte es dotar de nuevas competencias a la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad, para que con personal altamente calificado de la Asamblea Legislativa realice labor de control de constitucionalidad de los proyectos de ley dictaminados por otras comisiones, como ocurre en otros parlamentos europeos y americanos, y solo excepcionalmente habilitar la consulta al Tribunal constitucional en casos muy calificados o tasados.

Queda también claro que cualquier reforma a la consulta legislativa de constitucionalidad es un tema exclusivo de las y los señores diputados, en eso los magistrados han sido respetuosos, a diferencia de otros temas que afecten la estructura de la Sala Constitucional como creación de tribunales de garantía, ajustes a su organización interna, entre otros que se están discutiendo en este momento alrededor del Expediente Nº 17743.

Como insumo para la discusión, este documento puede ser apropiado como base crítica de análisis en la toma de decisión en una eventual reforma a la Ley Nº 7135 “Ley de la Jurisdicción Constitucional”.

Bibliografía y Fuentes Referenciales

Asamblea Legislativa

Leyes

Reglamento de la Asamblea Legislativa (funciona como su Ley Orgánica)

Ley Nº 7135 “Ley de la Jurisdicción Constitucional

Proyectos de Ley

Proyectos que han pretendido reformar la LJC
Nº 12039
Nº 13699
Nº 14.308
Nº 16282
Nº 17743.

Proyectos consultados 2010-2012

17684 “Reforma del artículo 2 y derogatoria del artículo 5 de la Ley Nº 7352 del 9 de agosto de 1993” Remuneración Diputados.

14836 “Modificación de varios artículos de la Ley Nº 7744, Concesión y Operación de Marinas Turísticas”

17236 “Reforma y adición de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional Nº 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas y reforma y adición de un artículo a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Nº 7558 del 3 de noviembre de 1995 y sus reformas.

17499 “Reforma y adición de los artículos 22 y 25 de la Ley Nº 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres”

16136 “Reforma del Código de Comercio, Ley Nº 3284, de 30 de abril de 1964, y de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de personas en vehículos en la modalidad taxi, Nº 7969, de 22 de diciembre de 1999”

17613 “Reforma a varios artículos del Código Penal y adición de una nueva sección VIII denominada “Delitos informáticos y conexos” al Título VII del Código Penal”

17156 “Interpretación auténtica del artículo 80 de la Ley Nº 4149, de 22 de agosto de 1968, y sus reformas, Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo”

17672 “Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Popular China”

16679 “Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales”

16304 “Ley reguladora del contrato de seguros”

16306 “Ley de Impuesto a las personas jurídicas”

16861 “Ley para establecer el derecho de jubilación anticipada de las y los trabajadores y Reforma de la Ley de Protección del Trabajador de 16 de febrero de 2000”

18234 “Ley de Presupuesto Ordinaria y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico de 2012”.

17171 “Ley para el reconocimiento de incentivo por peligrosidad a favor de agentes de seguridad y vigilancia del Ministerio de Educación Pública y otros Ministerios.”

17218 “Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER)”

17410 “Ley para la Regulación y Comercialización de Bebidas con contenido Alcohólico”

17371 “Ley General del control del Tabaco y sus efectos nocivos en la Salud”

18261 “Ley de solidaridad tributaria”

18032 “Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial”.

18207 “Ley de reconocimiento de los derechos de los habitantes del Caribe Sur”

18554 “Ley de presupuesto ordinario y extraordinario de la República para el ejercicio económico 2013”

17276 “Aprobación del Tratado entre la República de Costa Rica y la República de Corea sobre Extradición” en que se hallaron vicios de trámite.

Otro Proyecto de ley Consultado
13.873 “Ley para el mejoramiento de los servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones y de participación del Estado”

Informe de Subcomisión

Informe suscrito por los diputados Luis Fishman, Francisco Chacón G., Carlos H. Gongora F, y Víctor E. Granados C. No acompaña con la firma el diputado José M. Villalta Florez-Estrada. Folios 144 a 151 del Tomo I del Exp. N° 17.743.

Actas de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos

Acta de la Sesión Ordinaria N° 36 de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, del 19 de octubre de 2010.

Acta de la Sesión Ordinaria N° 44 de la Comisión de Asuntos Jurídicos del 16 de noviembre de 2010,

Acta de la Sesión Ordinaria N° 18 de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Políticos, de fecha 27 de julio de 2011.

Acta de la Sesión Ordinaria N° 55 de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, del martes 1° de febrero de 2011.

Acta de la Sesión Ordinaria N° 60 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, del 16 de febrero de 2011.

Acta de la Sesión Ordinaria N.º 14, de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, de fecha 05 de julio de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Expedientes:

- N° 00-002411-007-CO
- N° 00-002449-007-CO
- N° 00-002455-007-CO
- N° 00-002670-007-CO
- N° 11-013875-0007-CO
- N° 12-003518-0007-CO
- N° 12-003544-0007-CO

Votos:

- 2010-12025
- 2010-12026

- 2010-15741
- 2010-16202
- 2010-16335
- 2010-18702
- 2011-00905
- 2011-00992
- 2011-01360
- 2011-04519
- 2011-04778
- 2011-05268
- 2011-05274
- 2011-07818
- 2011-12611
- 2011-14965
- 2011-15655
- 2011-15968
- 2011-15969
- 2012-01963
- 2012-02675
- 2012-03818
- 2012-3920
- 2012-04621
- 2012-11506
- 2012-13367
- 2012-14515
- 2012-16393

Otras referencias de la Corte Suprema de Justicia

Informe discutido en la Sesión N° 2-11, celebrada el 24 de enero de 2012, Corte Plena, Poder Judicial, elaborado por la Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda.

Corte Plena, Oficio N° SP-43-11 del 4 de febrero de 2011.

Envío de información solicitada por *email* sobre histórico de consultas legislativas, suministrado por la Licda. Sonia Patricia Villegas Grijalba, Coordinadora del Centro de Jurisprudencia Constitucional, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Procuraduría General de la República

Opinión Jurídica N° OJ-010-2001 de 1° de febrero de 2001

Opinión Jurídica N° OJ-112-2001, de 15 de agosto de 2001

Defensoría de los Habitantes de la República

Oficio DH-0548-2010, de 19 de agosto de 2010

Artículos de Revista

ARIAS RAMÍREZ, Bernal, “Incompetencia de la Sala Constitucional para enjuiciar por el fondo proyectos de ley de reforma constitucional”, En: “*Revista Parlamentaria*”, Asamblea Legislativa. (Costa Rica), Vol. 8, N° 3 (dic. 2000), pp. 173-211.

JINESTA LOBO, E., “Reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional”, en; “*20 años de Justicia Constitucional 1989-2009*”, Sala Constitucional de la CSJ y EUNED, pp. 1-11.

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN MATERIA AMBIENTAL: ANÁLISIS DE DOS CASOS DE DIRECTRICES TRANSGRESORAS

M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez¹

“El afán por mejorar las condiciones de vida es una de las constantes perfectamente perceptibles en todas las culturas y momentos históricos...”
Demetrio Loperena Rota

El principio de no regresión en materia ambiental, jurídicamente es efecto y eslabón, logrado materializar en el marco de una sociedad en crisis, que trata de establecer hitos mínimos de respeto a la biodiversidad, pensando en las generaciones que incluso no han nacido.

Este principio se genera dentro del encuadre de los derechos humanos de tercera generación y obviamente, forma parte del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Busca que el sistema no tenga retrocesos de los avances ya alcanzados por cada

Estado. Conlleva tener claro, que los logros hechos en materia del derecho al desarrollo sustentable tengan que permanecer y sean vinculantes, tanto para la Administración Pública, como para todos los administrados. La única manera de cambiar esos efectos, en términos generales², sería para situaciones que mejoren lo dispuesto por normas de todos los niveles, o la jurisprudencia.

La no regresión en materia ambiental se puede extraer tácitamente³, a la fecha, de interpretaciones constitucionales nacionales provenientes de la norma 50⁴ de nuestra Constitución Política, pero expresamente está dispuesto en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y los Estados Unidos de Norteamérica⁵, en su capítulo 17, artículo 17.2.2. que dice en lo que nos interesa:

“Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión median-

1 Abogado, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales. Profesor en Maestría de derecho ambiental del País Vasco, España.

2 En casos de situaciones de declaratorias de emergencia nacional existe la posibilidad de hacer excepciones a la aplicación del principio de legalidad y por consiguiente a la normativa ambiental también.

3 A la fecha no tenemos conocimiento de ningún voto en Costa Rica, tanto en tribunales comunes, como en la Sala Constitucional, que expresamente señale, reconozca y desarrolle el principio de no regresión.

4 Artículo 50.- (*) El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.
Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.
El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7412 de 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta No. 111 de 10 de junio de 1994.

5 Ley de la República N° 8622.

te el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación...”

Es claro, que si bien estamos hablando de un artículo previsto en un tratado de comercio multinacional, ello es un parámetro integrado a nuestro Ordenamiento Jurídico que establece un *ánimus* de acatamiento para situaciones que serían *numerus apertus* y no sólo para casos relacionados con el convenio en mención. Además, tengamos presente, que la no regresión, como principio que es, viene a ser una forma interpretativa para situaciones ambientales que debe guiar el buen juicio de los operadores, tanto en justicia administrativa, como en la judicial, que busca no volver a etapas jurídicas o a criterios técnicos ya superados.

I- **Algunos casos de violaciones a diferentes principios del derecho ambiental pero que quedarían cubiertos actualmente dentro del Principio de no Regresión.**

En la práctica profesional hemos visto como en Costa Rica, se ha tratado de violentar el principio que da título a este artículo en reiteradas situaciones. Normalmente las acciones directas proceden desde la Administración Pública al momento de elaborar decretos ejecutivos. Tal es el caso de los decretos⁶ que han buscado mover el cordón verde de contención del Gran Área Metropolitana (GAM) sin haberse cumplido verificaciones ambientales previas ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) tal y como se obliga por normas expresas; como lo serían el numeral 17⁷ de la Ley Orgánica del Ambiente⁸, o el artículo 52⁹, en relación con el ordinal 11¹⁰ de la Ley de la Biodiversidad¹¹, que establecen el principio

6 DE-33757-MP-MIVAH-MINAE del 11 de abril de 2007 y DE- 35748-MP-MINAET-MIVAH del 19 de febrero del 2010.
7 Artículo 17.- “Evaluación de impacto ambiental Las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental creada en esta ley. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos. Las leyes y los reglamentos indicarán cuáles actividades, obras o proyectos requerirán la evaluación de impacto ambiental”
8 Ley N° 7554 de 4 de octubre de 1996.
9 Artículo 52.- “Ordenamiento territorial Los planes o las autorizaciones de uso y aprovechamiento de recursos minerales, suelo, flora, fauna, agua y otros recursos naturales, así como la ubicación de asentamientos humanos y de desarrollos industriales y agrícolas emitidos por cualquier ente público, sea del Gobierno Central, las instituciones autónomas o los municipios, considerarán particularmente en su elaboración, aprobación e implementación, la conservación de la biodiversidad y su empleo sostenible, en especial cuando se trate de planes o permisos que afecten la biodiversidad de las áreas silvestres protegidas”
10 Artículo 11.- “Son criterios para aplicar esta ley:...2.- Criterio precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.”
11 Ley N° 7788 de 30 abril de 1998.

precautorio. Pero en todas las ocasiones, se han interpuesto las respectivas acciones de inconstitucionalidad¹² desde la sociedad civil y la Sala IV las ha encontrado con lugar, anulando esas modificaciones.

Por ejemplo en voto N° 2009-3684 la Sala señaló:
“... la Administración Pública no tiene un margen de discrecionalidad para disponer de áreas de la Zona Especial de Protección, sin que se encuentre asistida de criterios científicos y técnicos que respaldan esa decisión... Un análisis particular de cada proyecto habitacional, por medio de un control ordinario de toda construcción urbanística por parte del gobierno local, no garantiza el riguroso estándar establecido en la Constitución Política y los instrumentos internacionales invocados... Como se ha indicado en otras oportunidades, el Estado debe tener una visión amplia y clara del impacto de sus decisiones, particularmente sobre las áreas que regulan sus disposiciones, para evitar la degradación ambiental. De ahí que, **ningún ente puede concederse licencias para modificar las exigencias de los estudios respectivos, en perjuicio de la protección que se debe al ambiente...**” (el resaltado es del original) (el subrayado es nuestro)

Es claro ahí, que se reconoce una no regresión que emana de la norma 50 constitucional cuando se señala que existe un “riguroso estándar” que debe respetarse, como lo sería la exigencia de un estudio de impacto ambiental en materia de ordenamiento territorial.

12 Ver votos N° 2009-3684 y No. 2011-013436.
13 Voto de Sala Constitucional número 8645-2010

Otro ejemplo interesante en la misma línea anterior, se generó cuando el Poder Ejecutivo emite el decreto que constituye el Plan Urbano-Territorial de la Región Chorotega. Aquí, al resolverse el recurso de amparo que se presentó, los magistrados disponen¹³ que los funcionarios ministeriales estaban en la obligación de gestionar ante la SETENA la respectiva viabilidad o permiso ambiental del plan antes de publicarlo, pues la obligación de llevar estos instrumentos de planificación territorial a la SETENA es ineludible.

Es importante hacer notar que en los casos anteriores, no se expone por parte de los magistrados de nuestra Sala Constitucional que existe una transgresión expresa al principio de no regresión, sino que el asunto es enfocado como violaciones que tratan de invisibilizar los alcances del artículo 50 de la Constitución, o el de leyes ambientales o de la jurisprudencia lograda y claro que la Administración Pública incurre con esas acciones, en manifiestas omisiones a la aplicación al principio precautorio. Leyendo los votos constitucionales de los casos en mención, tenemos que al no contemplarse la variable ambiental en los planes de ordenamiento territorial, debemos interpretar ello como efectivos intentos de tratar de regresar a etapas regulatorias anteriores al reconocimiento del derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado; mismo que debe prevalecer en la planificación del territorio.

Hay que tener presente, que desde hace muchos años la Sala Constitucional ha emitido sentencias donde señala que todo tipo de disposición en ordenamiento territorial, debe

integrar el factor ambiental y que pensar lo contrario, podría desconstitucionalizar la protección prevista en la norma 50 de nuestra Carta Magna¹⁴. Hoy en día, situaciones como las comentadas supra, estarían impregnadas no sólo con la violación al principio precautorio, sino que también con el tinte claro e inobjetable de transgresiones al principio de no regresión. Podríamos incluso - con base a lo anterior - atrevernos a decir que el principio de no regresión siempre va aparejado, cual siamés, a varios otros principios del derecho del desarrollo sustentable, pero fundamentalmente para los casos citados, hablamos del principio precautorio, que nos evoca la idea de que antes de otorgar un permiso, siempre se debe verificar previamente los efectos ambientales de ese actuar¹⁵.

Pero también encontramos intentos de violentar el principio de no regresión de diversas maneras, como lo sería en aquellos casos donde, se ha tratado de volver a normas rígidas de información y participación ciudadana, que conllevan a limitar una efectiva democracia participaba,

tal es el caso que se dio con el Reglamento de Procedimientos ante el Tribunal Ambiental Administrativo¹⁶ (TAA), que exponía, entre sus normas¹⁷, siguiendo los parámetros formalistas del primigenio derecho procesal administrativo de los años setentas del siglo pasado, previsto en nuestra Ley General de la Administración Pública¹⁸, que las audiencias de recepción de pruebas, sólo podrían ser “privadas”. Lo anterior llevó a una acción de inconstitucionalidad donde se invocaron principios internacionales previstos en diferentes declaraciones, mismas que resaltaban, que todo lo ambiental debía ser considerado como asunto de incumbencia pública, por la trascendencia del derecho humano afectado, donde incluso, se comprometían derechos de personas que aún no habían nacido, es decir, violación al principio de responsabilidad inter generacional. Recordemos, que ya desde 1995 en la Ley Orgánica del Ambiente se establecía en el numeral 6¹⁹ que el Estado debía dar participación de la sociedad civil, y por otro lado en la norma 11, inciso 3, de la Ley de la Biodiversidad se resalta desde

14 Un ejemplo de lo anterior se señaló en el voto constitucional 1220-2002 cuando declaró inconstitucionales varios artículos del Reglamento de Procedimientos de la SETENA que eximían de pasar por el tamiz ambiental a ciertos proyectos urbanísticos. Propiamente dijeron los magistrados en aquella ocasión: *“Esto significa que la defensa y la preservación del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, conceptuado en el artículo 50 constitucional, es el derecho fundamental de toda persona y funciona como un principio general ineludible, de manera que en esta materia no es posible hacer excepciones genéricas (en materia urbanística y otros tópicos de lo que se ocupan los artículos 19 y 20) para exonerar el cumplimiento de obligaciones ambientales, pues con ello se corre el riesgo de desconstitucionalizar la garantía de respuesta estatal en defensa del ambiente...”* En la misma línea ver voto constitucional N° 2003 06322.

15 Para mayor abundamiento sobre lo precautorio puede verse la obra de este autor denominada, Aspectos Conceptuales y Jurisprudencia Constitucional Ambiental de los Principios Precautorio y Preventivo. Costa Rica, 2007.

16 Decreto Ejecutivo N° 34136-MINAE de 20 de junio del 2007, publicado en La Gaceta N° 25 de 5 de febrero del 2008.

17 Artículo 24.- “Apertura del Procedimiento Ordinario Administrativo. Una vez concluida la etapa de investigación se dictará la apertura del procedimiento ordinario administrativo citando a las partes con quince días hábiles de anticipación a una audiencia oral **y privada**, de conformidad con las prescripciones establecidas en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de Administración Pública”. (el resaltado es nuestro)

18 Ley N° 6227 de 2 de mayo de 1978.

19 Artículo 6.- Participación de los habitantes “El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente”

el 2007 que existe un interés público en todo lo ambiental, situaciones, todas ellas, que conforman una exigencia social vinculante que conllevan a tener que considerar a las audiencias del TAA como públicas y así fue resuelto por nuestra Sala Constitucional, al declarar que debía eliminarse la palabra “privada” de la norma 24 reglamentaria que databa de 2008 por inconstitucional.

La Sala, incluso yendo más allá de lo que se establece en el espíritu de nuestras leyes, dispuso lo siguiente:

“Fue la Convención de Río la que en el principio 10 elevó esta participación a rango de principio en materia ambiental, al señalar “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona debe tener adecuada formación sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.” De este principio, se evidencia claramente la importancia que a nivel internacional se da a las cuestiones ambientales, y en general, sobre todo, a la participación de la sociedad civil en decisiones de gran trascendencia para la comunidad. Al ser Costa Rica un Estado signatario, este instrumento ciertamente la obliga y condiciona, pues esa es la

consecuencia de su suscripción, según consideró este Tribunal, en sentencia número 8319-2000, de las diez horas dieciocho minutos del ocho de setiembre del dos mil “Así, su propósito es que las decisiones gubernamentales sean consecuencia de una discusión que no se constriña a pequeños núcleos oficiales o de intereses parcializados, sino que sean tomadas en consideración otras opiniones, con la apertura necesaria para crear el debate ampliado, aunque sin dejar de cumplirse, claro, los requisitos que establece la legislación correspondiente. No se trata de una desconstitucionalización del principio de legalidad de la Administración Pública, aunque sí por supuesto, de una forma de gobierno más democrático, que amplía los foros de debate sobre temas como el de la protección al medio ambiente, y que por virtud de ello, quedan abiertos a la intervención y opinión ciudadana. Estamos, pues, ante una opción ya muy aceptada en la evolución del concepto de democracia y este amparo ofrece una magnífica oportunidad de darle clara y efectiva vigencia, para que no se quede en el mero discurso. Por eso mismo es que la cuestión ambiental es un tema que ya la Sala ha reconocido como aquellos que otorgan a los particulares una legitimación especial, y de la que se reconoce como un «derecho reaccional» (vid. sentencia 2233-93 y 3705-93 de esta Sala).” (el resaltado es nuestro) (Voto 5593-2012.)

Es decir, queda claro que en nuestro Estado existe la obligación ética y legal desde hace muchos años de considerar que los asuntos ambientales no pueden ser tratados en círculos cerrados, sino que con base a obligaciones internacionales, se debe dar una clara participación a la sociedad civil. Lo resuelto en este voto es un manifiesto atisbo del principio de no regresión, reconocido

tácitamente. Propiamente terminó resolviendo la Sala en el caso en cuestión:

“VI.- Sobre la inconstitucionalidad de la audiencia privada contemplada en el artículo 24 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo.- El Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo regula el procedimiento que se da ante dicho Tribunal, en tanto órgano administrativo desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía y con ocasión de una denuncia ambiental. Según el artículo 24 de dicho reglamento, luego de concluida la etapa de investigación el Tribunal dicta la apertura del procedimiento administrativo citando a las partes a una audiencia, la cual se dice es oral y privada. Sin embargo, en atención a que no se está en una etapa preliminar de investigación sino que ya la investigación ha concluido, y en atención al derecho de participación ciudadana en materia ambiental, resulta inconstitucional que se establezca igual que en el resto de procedimientos administrativos que no tratan materia ambiental- que dicha audiencia será privada. Antes bien, la regla en esta materia debe ser la audiencia pública, y la excepción, que mediante resolución fundamentada se declare su privacidad. Extrapolando lo que sucede en otra clase de procedimientos donde los juicios son públicos, y guardando las distancias del caso sea el proceso contencioso administrativo según el artículo 99 del Código Procesal Contencioso Administrativo o el proceso penal según el artículo 330 del Código Procesal Penal-, el Tribunal Ambiental Administrativo puede igualmente decretar, mediante resolución motivada, que parte de la audiencia se desarrolle de forma privada. Esto es así, pues, a diferencia de otro tipo de procedimientos administrativos donde la

regla es la privacidad de las audiencias, en este caso nos encontramos con una materia donde el lesionado o la víctima es toda la comunidad, así que no puede dársele el mismo tratamiento en cuanto a este aspecto. Recuérdese, en los términos dichos, que la lesión al derecho fundamental al ambiente lo sufre tanto un individuo en particular como toda la comunidad, así que toda persona debe tener el derecho de poder participar en este tipo de procedimientos administrativos ante el Tribunal Ambiental Administrativo, por lo menos, teniendo el derecho de asistir a las audiencias. La participación comunal en la toma de decisiones en materia ambiental forma parte del debido proceso sustantivo al que debe sujetarse dicho Tribunal, y a la vez es una forma de expresión de la democracia participativa y una forma de hacer respetar las garantías establecidas en el artículo 50 de la Constitución Política. Así entonces, el hecho de que el artículo impugnado establezca la privacidad de la audiencia, implica una afrenta al derecho de participación en materia ambiental, consagrado en nuestra Constitución Política.” (Voto 5593-2012.)

El alto Tribunal dispuso que sería contrario a nuestro Ordenamiento Jurídico y a los fines buscados por el sistema conservar como “privadas” las audiencias del TAA, pues ello sería una forma de violentar la democracia participativa; dicho de otra manera, se deja claro que nuestro mundo jurídico ha alcanzado niveles en que no puede permitirse que en los procedimientos administrativos ambientales, sólo las partes, que tradicionalmente han sido consideradas como legitimadas participen de la audiencias, pues todo daño ambiental es un asunto de interés público y con ello, vía la justicia ambiental administrativa se rompe el paradigma clásico y civilista de la legitimación restrictiva y hace que todas y

todos podamos tener, al menos presencia, en las audiencias del TAA; por tanto, tenemos que pensar que lo contrario sería un flagrante retroceso a lo logrado y previsto en el espíritu del derecho interno, en las declaraciones internacionales en las que se ha participado Costa Rica y en la esencia que emana de la norma constitucional 50.

También, relacionado con el principio de no regresión, vemos que este se asomó, en el lenguaje no escrito, al resolverse una acción de inconstitucionalidad referida a la disminución de los perímetros de protección en los pozos de abastecimiento de agua que se estableciera al modificarse el Reglamento General de Cementerios, a efecto de que un campo santo que se pretendía construir en San Ramón de Alajuela se aprobara.

El reglamento dicho establecía en concordancia con el artículo 31²⁰ de la Ley de Aguas, que se debía respetar un perímetro de protección de 200 metros de los pozos de agua, empero unos empresarios acudieron ante los fuerzas políticas para modificar la norma reglamentaria y dejar abierta la posibilidad de que esas áreas perimetrales pudieran ser menores. Al establecerse la modificación, los adversarios del proyecto presentan la respectiva acción de inconstitucionalidad y los magistrados finalmente la acogen, declarando como violatoria la nueva disposición y dejando claro, que operaba tácitamente el principio de no regresión, al decir que con el cambio en el reglamento se daba una “*degradación de la protección*” prevista y alcanzada mediante la Ley de Aguas.

Señaló la Sala Constitucional propiamente: *“V.- Sobre el caso bajo estudio. En el caso concreto, se discute la constitucionalidad de la reforma al artículo 15 inciso 2) del Reglamento General de Cementerios, Decreto Ejecutivo N° 32833-S del tres de agosto de dos mil cinco, publicado en la Gaceta No. 244 del diecinueve de diciembre de dos mil cinco, toda vez que permite vía decreto- la reducción de los perímetros de protección alrededor de pozos y fuentes de agua cuando se demuestra de manera técnica e irrefutable que no se causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente. Lo anterior por cuanto se establece como un requisito para construir un cementerio que el mismo se ubique a una distancia no menor de doscientos metros aguas arriba de un pozo o fuente de agua para abastecimiento humano, salvo que se demuestre fehaciente y técnicamente que el proyecto a desarrollar, ubicado a una distancia menor, no causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente. A ello debe agregarse que la Ley de Aguas N° 276, en el Artículo 31 dispone: Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación: a) Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio. (el subrayado y la negrita no son del original). En ese sentido, se tiene que el Artículo parcialmente transcrito viene a proteger y controlar la utilización del dominio hidráulico, controlando las actividades e instalaciones que puedan afectarlo, ello a través de autorizaciones y definición de las zonas alrededor de las cuales se desarrolle determinada*

²⁰ Ley de Aguas, artículo 31.- “Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación; a) Las tierras que circunden los sitios de Captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio...”

actividad. Así, se pueden prohibir o limitar determinadas actividades humanas, ello con el fin de lograr una utilización racional y equilibrada del agua, máxime si se toma en consideración que el acceso a fuentes de agua es una condición esencial para el disfrute del derecho de todos los habitantes de la República a la vida, a la salud y al ambiente. El requisito de un perímetro no menor de doscientos metros de radio a efecto de poder instalar una actividad en un área que circunde los sitios de captación o tomas surtidoras de agua, como medida para evitar la escasez y degradación irreversible de las condiciones naturales del recurso hídrico, lo fue pensado y determinado por el propio Legislador, como una limitación de interés social, preocupándose de priorizar la utilización del agua para el consumo humano sobre cualquier otro, razón por la cual las autoridades nacionales como el Ministerio de Salud se encuentra en la obligación de respetar dicha disposición. Así las cosas, en el presente caso se discute concretamente

si puede o no el Poder Ejecutivo disminuir reglamentariamente el perímetro de protección previamente dado por el Legislador, a lo que debe responderse de forma negativa, ya que con base en el principio de reserva de ley, una norma reglamentaria no puede regular materia destinada con exclusividad a la ley formal, como lo es toda aquella relativa al goce de los derechos fundamentales. Lo anterior es soslayado el caso bajo estudio, en el que mediante una disposición infra legal se estableció una disminución al área de perímetro de protección contenida en la Ley de Aguas, siendo que una disposición reglamentaria no puede venir a cambiar el criterio mínimo de protección señalado por la Ley, degradando con ello la protección legislativa. (el resaltado es nuestro) (voto N° 2008-006052)

Encontramos también como relevante hacer ver que en sede penal, nuestros magistrados de la Sala Tercera han desarrollado el principio de irreductibilidad del bosque²¹ ²²

21 “Examinado el fallo de mérito con la finalidad de resolver los agravios expuestos por el Procurador Calderón y por el Fiscal Ortega, da cuenta esta corte de casación penal del error in iudicando cometido por el juez de juicio, esto es de un yerro en la aplicación de la ley sustantiva, en el presente caso por inobservancia de lo establecido por los artículos 50 y 74 de la Const. Pol., 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, 2, 6, 10.c, 19 y 38.f de la Ley Forestal, 53, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Ambiente, y 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad. De la normativa de cita deriva el principio de irreductibilidad del bosque, pues establece la necesaria reparación de los daños causados al ambiente, de manera que no hay opción para dejar de ordenar que los terrenos de bosque objeto del delito de cambio de uso vuelvan a ser bosque.” (Tribunal de Casación Penal. Resolución N° 2003-0396, a las doce horas del ocho de mayo del dos mil tres. Exp. 99-200108-0567-PE)

22 “En el presente caso, en que el daño es el cambio del uso del suelo del bosque para dedicarlo a agricultura, la reacción estatal tiene su límite en la reparación del daño, que de todas formas no se completará en los tres años de ejecución condicional de la pena, puesto que el bosque es producto de años y años de nacimiento, desarrollo y muerte de muchos seres vegetales y animales; sin embargo, la exclusión de los cultivos y de todo elemento con que se ha sustituido el bosque, así como el restablecimiento de especies vegetales en la medida adecuada para regenerar lo destruido, son un principio para la reparación que en algunos años se alcanzará. Debe quedar claro que la protección del suelo de los bosques consagrada en los artículos 2, 6, 10.c, 19 y 38.f de la Ley Forestal, 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, 53, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Ambiente, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad, 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; antes por el contrario, ante esas situaciones se impone al Estado mayor agresividad en la recuperación y conservación del bosque. Pensar que el deber de protección del suelo forestal (y de otros elementos del bosque) termina por cualquiera de los hechos indicados, se traduciría en la promoción de actividades ilícitas lesivas del medio ambiente, para sustituir la ecología por explotaciones agrícolas o de otra naturaleza, con lo que no habría protección verdadera; es decir, el espacio ocupado por los bosques es irreductible por esas vías (principio de irreductibilidad del bosque). (Tribunal de Casación Penal. Resolución N° 2003-0366. A las once horas cincuenta y cuatro minutos del cinco de mayo del dos mil tres. Exp: 98-200262-0567-PE)

que es el resultado de la integración que resultó de tomar diferentes normas para enunciar, que en nuestro Ordenamiento Jurídico era exigido un respeto a los bosques y su biodiversidad, es decir, que en algunas ocasiones no existe una sola norma violentada, sino que del análisis de varias de ellas se extrae un principio, que resulta hoy en día como una manifestación de la no regresión que se le exige al Estado y a la sociedad civil. Es precisamente en este punto donde tenemos que hacer énfasis en que nuestros funcionarios de la Administración Pública o los operadores judiciales, deben estar siempre vigilantes del entorno normativo, para no caer en retrocesos. Tengamos presente, que hoy en día tenemos un abultado marco legal y reglamentario, que debe ser armonizado para hacer prevalecer el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado por un asunto prácticamente de sobrevivencia.

II- El Principio de no Regresión y el caso de las directrices administrativas.

Podríamos citar más situaciones similares a las expuestas anteriormente, sin embargo este ensayo va enfocado a enunciar una de la más irresponsables formas de violentar el principio de no regresión, observable en las actuaciones de los jerarcas de las instituciones, abusando de sus atribuciones de emitir directrices administrativas.

La Ley General de la Administración Pública establece en su numeral 49²³ que los presidentes de los órganos colegiados tienen la facultad y atribución de dictar directrices generales, e impartir instrucciones en cuanto a los aspectos de forma de las labores del órgano. Pero como se señala, ello es estrictamente para normar situaciones formales y por tanto, jamás se otorgó legalmente la facultad de cambiar, vía este procedimiento (directriz) situaciones previstas en normas, pues ello violenta el principio de legalidad abiertamente.

Sobre directrices administrativas, el maestro Mauro Murillo²⁴ expone que: “La potestad de emitir directrices es la básica de la relación de dirección. La directriz es un mandato...” Sigue exponiendo este autor que mediante las directrices se pueden formular políticas, definir objetivos y metas y afectar la actividad en su conjunto del dirigido; pero no se refiere a una potestad de cambiar normas donde lo oportuno y legal es acudir a la vía del reglamento, o según la circunstancia, a la modificación legal.

Consideramos que al emitirse directrices que son contrarias a normas expresas o a nuestra jurisprudencia, se cae en una de las formas más aberrantes de expresión de la violación al principio de no regresión, pues por el simple criterio de una junta directiva o, en el peor de los escenarios, de un jerarca, se cambian los avances alcanzados mediante normas de jerarquía legal,

23 “Artículo 49.- 1. Cada órgano colegiado tendrá un Presidente nombrado en la forma prescrita por la ley respectiva o en su defecto por lo aquí dispuesto. 2. Salvo norma contraria, el Presidente será nombrado de entre los miembros del órgano colegiado, por la mayoría absoluta de ellos y durará en su cargo un año, pudiendo ser reelecto. 3. El Presidente tendrá las siguientes facultades y atribuciones: ... c) Fijar directrices generales e impartir instrucciones en cuanto a los aspectos de forma de las labores del órgano...”

24 Murillo, Mauro. Terminología Organizativa. En Revista ACADEMIA. Costa Rica, 1983.

así como constitucional, o internacional. Con la manifestación de las directrices, la situación se vuelve dramática pues como es de conocimiento público, para establecer cambios o modificaciones constitucionales o legales se tiene que llegar a consensos políticos de parte de las diferentes fracciones en el poder en la Asamblea Legislativa, lo cual hace que existan discusiones públicas en las comisiones legislativas y participación de los diferentes grupos sociales también. En la misma línea tenemos que incluso para establecer nuevas normas administrativas, tales como decretos ejecutivos o reglamentos, la Ley General de la Administración Pública, obliga,

conforme lo señala el numeral 121²⁵ en relación con el artículo 361²⁶, que se debe acudir a procedimientos que den publicidad, para facilitar la discusión sana de lo que se pretende implementar, se deben establecer tamices de control de legalidad, como por ejemplo, que los decretos tengan -previamente a ser aprobados- que salir publicados en medios como el Diario Oficial, aspecto este que permite una sana discusión entre las diferentes fuerzas, para tratar que el producto sea el mejor, el más consensuado y acorde con la realidad y los fines públicos buscados, cosa que no siempre ocurre²⁷, no obstante, las barreras que el mismo Ordenamiento Jurídico ofrece.

25 “Artículo 121.- 1. Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos. 2. Los decretos de alcance normativo se llamarán también reglamentos o decretos reglamentarios. 3. Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones.”

26 “Artículo 361.- 1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto. 3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale”.

27 En el caso de los permisos de la empresa minera Industrias Infinito S.A, conocido como caso Crucitas y su decreto de conveniencia nacional e interés público que autorizó la tala de bosque, se dispuso judicialmente: “...En relación con el procedimiento, es importante iniciar indicando que de conformidad con la clasificación de los actos administrativos establecida en la Ley General de la Administración Pública, los decretos son actos administrativos de alcance general, es decir, no van destinados a un sujeto identificado, sino a la generalidad de los administrados (artículo 121 de la citada Ley). En ese sentido, resulta de importancia recordar que la Ley General de la Administración Pública prevé un procedimiento especial para la elaboración de este tipo de disposiciones de alcance general. Así, el numeral 361 dispone lo siguiente: “1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto. 3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o de Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale.” Para el caso concreto, encuentra el Tribunal que el Presidente de la República y el Ministro del ramo Inobservaron groseramente este procedimiento, pues de una revisión del expediente administrativo N° DAJ-077-2008, que sustenta el Decreto Ejecutivo N° 34801-MINAET, no se observa, ni por asomo, actos tendientes a dar cumplimiento al procedimiento estipulado por Ley para poder emitir lícitamente este Decreto, no encontrándose que existan razones de interés público o de urgencia que justifiquen el incumplimiento de este requisito necesario para la validez del Decreto aludido, ni mucho menos fueron expresadas en ese acto. Antes bien, estima el Tribunal que, por el contrario, al tratarse de una disposición que declaraba de “interés público y conveniencia nacional” un megaproyecto minero, resultaba absolutamente necesario conceder a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, ya fueran éstas ambientalistas, sectores académicos o grupos empresariales, el plazo establecido en el artículo 361 citado, a efecto de que éstas organizaciones se pronunciaran sobre el proyecto, y a partir de esos pronunciamientos el Poder Ejecutivo realizara el balance que exige la Ley, para decidir si declaraba o no de conveniencia nacional e interés público la actividad, cosa que no sucedió como se puede constatar fácilmente. Incluso, el Tribunal considera que la enorme trascendencia de este proyecto minero a nivel nacional, hacía imperativo someter a la información pública el anteproyecto del Decreto, tal y como (continúa en la siguiente página)

Es con la omisión de acudir a las rutas legales donde salta la doble violación a nuestro marco de legalidad y al principio de no regresión, pues primero se violentan las supra citadas normas de la Ley General de la Administración Pública (artículos 49 inciso c, así como el artículo 121 y 361) y segundo; se contravienen los alcances que ha logrado nuestro derecho al desarrollo sustentable, aspectos que a continuación comentaremos con dos situaciones específicas, donde se ha

solicitado directamente la aplicación de este novedoso principio de no regresión ante la Sala Constitucional²⁸.

a- Caso Primero: SETENA y las Torres para antenas de Telefonía Celular

PRIMERO: Los hechos: En este caso se presentó una acción de inconstitucionalidad²⁹ contra dos directrices de SETENA^{30 31} por modificar leyes y normas de rango

lo permite el inciso 3 del artículo 361, en relación con el numeral 6 de la Ley Orgánica del Ambiente (principio de participación ciudadana), aplicable al caso concreto por la especialidad de la materia, la cual dispone muy claramente así: “El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente,” No obstante lo indicado, nunca se reflejó en el expediente administrativo, ni en el propio texto del documento la intención del Poder Ejecutivo de cumplir dichas disposiciones...” Tribunal Contencioso Administrativo voto 4399-2010.

28 Al momento de redactarse este artículo, la Sala Constitucional no ha resuelto por el fondo las dos acciones presentadas.

29 Ver expediente tramitado ante la Sala Constitucional 11-013300-0007-CO

30 La resolución N° 02031-2009-SETENA señala: “CONSIDERANDO: PRIMERO: Que en las actividades a realizar en la instalación de radio bases de telecomunicaciones, tanto en la fase constructiva como en la fase operativa, **se generarán impactos ambientales negativos de baja significancia** y mitigables por medio de medidas ambientales de implementación sencilla, pues los mismos serán puntuales, temporales y de baja intensidad. SEGUNDO: Las empresas desarrolladoras visualizan el sistema de torres compartidas como un mecanismo para reducir el impacto visual en todo Costa Rica. Los impactos ambientales con el modelo de sitio compartido se minimizan, al requerirse menos torres. TERCERO: El área que abarcará cada uno de los sitios donde se ubicarán las torres es muy reducida y en las mismas no se generarán aguas residuales ni desechos sólidos. CUARTO: Que dado que la proliferación de torres de telecomunicaciones será masiva, es preciso que un Regente Ambiental debidamente inscrito en la base de consultores de la SETENA, se encargue de velar, informar y controlar, que el desarrollo de todas las torres se realice siguiendo todas las recomendaciones ambientales pertinentes, buscando de esta forma minimizar los posibles impactos ambientales, y particularmente los efectos sinérgicos en el paisaje... LA COMISIÓN PLENARIA RESUELVE: En sesión Ordinaria No. 096-2009 de ésta Secretaría, ... PRIMERO: Que el Documento de Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos de instalación de torres de telecomunicaciones sea a través del formulario D2, con la presentación de la información que dicho formulario solicita... SEGUNDO: En aquellos casos en que el proyecto se pretenda realizar en un área calificada como ambientalmente frágil..., o en un área que por sus características implique una Evaluación Ambiental más profunda, se deberá presentar como Documento de Evaluación de Impacto Ambiental el D1 correspondiente, con todos los protocolos y documentos indicados en el mismo.”

31 La resolución N° 0123-2010-SETENA señala: “...Que el Documento de Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos de instalación de torres de telecomunicaciones sea a través del formulario D2, con la presentación de la información que dicho formulario solicita. Asimismo, debe ser complementado con la siguiente información adicional firmada por el profesional competente y debidamente inscrito en la base de consultores de SETENA... 8. Un Plan de Comunicación a las comunidades cuyo contenido mínimo es el siguiente: *Objetivo (Debe indicar en qué consistirá el proyecto y que implicaciones posee) Grupo meta (comunidades Debe ser indicado cuál es el AID y justificarse. Estrategia o mecanismo de divulgación a emplear en las comunidades ubicadas en el Área de Influencia Directa (AID) (incluir impactos) con el fin de informar sobre el proyecto a desarrollar, que incluya como mínimo los siguientes aspectos:* • *Periodo de divulgación* • *Mensaje a transmitir (debe brindarse una descripción del proyecto explicando los impactos que generará)* • *Cronograma de actividades a llevar a cabo en el plan de comunicación.* • *Formato de respuesta a las comunidades sobre inquietudes relacionadas con la divulgación del proyecto.* • *Destacar un cronograma de las actividades a llevar a cabo en el plan de comunicación.* • *Costos de la divulgación.* Después de obtener la Viabilidad (Licencia) Ambiental y de previo a iniciar obras, el consultor y desarrollador serán responsables de la entrega a la SETENA de un informe en el cual se indique los resultados del plan de divulgación....”

reglamentario que exigen, que para la instalación de torres y sus antenas de telecomunicaciones se debe de presentar un Estudio de Impacto Ambiental integral y completo ante la SETENA.

Ampliando y explicando lo anterior, tenemos que tomar en cuenta que Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos³² (Ley ARESEP) en su artículo 16 señala:
“*Estudio del impacto ambiental: Para autorizar la explotación de un servicio público, a juicio del Ministerio del Ambiente y Energía o por ley expresa, es requisito indispensable presentar, ante el ente encargado de otorgarla, un estudio de impacto ambiental, aprobado por ese Ministerio. El costo del estudio correrá por cuenta del interesado. El estudio del impacto ambiental deberá incluir una declaración jurada, suscrita por los solicitantes y los autores, de que la información suministrada y la evaluación son ciertas. La resolución emitida por el Ministerio del Ambiente y Energía, sobre la evaluación ambiental, será vinculante para el ente encargado de otorgar la concesión o el permiso*” (el resaltado es nuestro)

Por su parte, la misma Ley General de Telecomunicaciones³³ señala:
ARTÍCULO 3.- “Principios rectores: ...k) *Sostenibilidad ambiental: armonización del uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones, con la garantía constitucional de contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Los operadores y proveedores deberán cumplir toda la legislación ambiental que les resulte aplicable*”. (el resaltado es nuestro)

Tengamos presente que el Decreto Ejecutivo Número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, que es el Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), del 28 de junio del 2004 señala que los proyectos que tienen que cumplir con el trámite de permisos ambientales pertenecen a dos grupos, los del Anexo 1 y los del Anexo 2.

Los del Anexo 1 son aquellos para los cuales existe una ley específica que ordena la realización de un estudio de impacto ambiental. El artículo que se cita a continuación (de ese reglamento), dice:
“*Sección I – A Categorización, clasificación y calificación de actividades, obras o proyectos*
Artículo 4°. – *Actividades, obras o proyectos sujetos a la EIA.*
Las actividades, obras o proyectos nuevos, que están sujetos a trámite de obtención de viabilidad (licencia) ambiental ante la SETENA, según el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, se dividen en:
Aquellas actividades, obras o proyectos para los cuales existe una ley específica que ordena el cumplimiento del trámite. El Anexo No. 1, que forma parte integral de este reglamento, enumera estas actividades, obras o proyectos.” (El resaltado es nuestro)

El artículo 28 del Reglamento General de sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental explica el procedimiento que deben cumplir las actividades, obras o proyecto del Anexo 1:
“Artículo 28°. – *Requisitos para los proyectos de la Lista del Anexo N° 1.*
Aquellas actividades, obras o proyectos para los cuales existe una ley específica

que ordena la elaboración y aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, podrán cumplir alternativamente cualquiera de los siguientes dos procedimientos:
Cumplimiento del trámite de Evaluación Ambiental Inicial, presentando a la SETENA el Documento de Evaluación Ambiental (D1) con el fin de obtener la viabilidad ambiental potencial y los términos de referencia para la elaboración del EsIA.

Presentación a la SETENA, de forma directa, bajo su responsabilidad, de un Estudio de Impacto Ambiental, elaborado en concordancia con las guías ambientales que la SETENA pondrá a su disposición en el Manual de EIA y de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del presente reglamento. En este último caso, la actividad, obra o proyecto no gozará de una viabilidad ambiental potencial, hasta tanto la SETENA así lo indique en la resolución administrativa sobre el EsIA.”

Nótese que la norma reglamentaria, que sigue lo dispuesto por la norma de rango legal (Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos) exige presentación de un formulario D1 o bien la presentación directa de un Estudio de Impacto Ambiental.

Por su parte, el Anexo 1 del Reglamento General, indica la lista de proyectos que deben cumplir con el procedimiento del artículo 28 del Reglamento General, e incluye las actividades que requieren autorización para un servicio público definidas por la Ley de ARESEP, relacionándose todo ello con la actividad de telecomunicaciones, tal y como citamos a continuación:
“Anexo 1. *Listado de proyectos, obras y actividades obligadas según leyes específicas a cumplir el proceso de Evaluación de*

Impacto Ambiental o de Estudio de Impacto Ambiental ante la SETENA:
• *Actividades que requieran autorización para la explotación de un servicio público definidas en la Ley de la ARESEP (suministro, transmisión y generación de energía eléctrica; plantas térmicas; telecomunicaciones; acueductos y alcantarillados; sistemas de agua potable y aguas servidas; suministro de combustibles; riego y avenamiento; servicios marítimos, aéreos y puertos; transporte de carga por ferrocarril).*” (el resaltado es nuestro)

Dentro de los supuestos indicados es vital tener presente que también el Decreto Ejecutivo número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC citado, define el Estudio de Impacto ambiental de la siguiente manera:
“*Estudio de Impacto Ambiental (EsIA): Es un instrumento técnico de la evaluación de impacto ambiental, cuya finalidad es la de analizar la actividad, obra o proyecto propuesto, respecto a la condición ambiental del espacio geográfico en que se propone y, sobre esta base, predecir, identificar y valorar los impactos ambientales significativos que determinadas acciones puedan causar sobre ese ambiente y a definir el conjunto de medidas ambientales que permitan su prevención, corrección, mitigación, o en su defecto compensación, a fin de lograr la inserción más armoniosa y equilibrada posible entre la actividad, obra o proyecto propuesto y el ambiente en que se localizará.(...)*”

En contraste con lo anterior en la Resolución N° 02031-2009-SETENA se señala que partiendo de que el impacto de una torre, o también llamada de una radio base, será de “baja significancia”, o que dado que el área de infraestructura de una torre es

32 Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996.
33 Ley N° 8642 del 4 de junio del 2008

pequeña, o que como no se generan aguas residuales, se justifica que la valoración del impacto se haga vía una metodología menos rigurosa ambientalmente hablando, de un instrumento D2, es decir no mediante un EsIA. Lo cual a todas luces es una violación al principio de no regresión, pues se cambia lo exigido por el Ordenamiento Jurídico, en normas de rango legal y reglamentario para facilitar la instalación de estas obras y por ende en clara violación al artículo 17.2.2 del tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centro América y los Estados Unidos de Norteamérica. Aquí debe tomarse en cuenta que el asunto de las torres o radio bases para telecomunicaciones es efectuado por el Instituto Costarricense de Electricidad, de capital estatal costarricense y por otras empresas transnacionales, es decir, que disminuir los estándares legales y reglamentarios contribuye evidentemente a facilitar el comercio de las telecomunicaciones y por tanto; le es aplicable el principio de no regresión en todo el amplio termino de lo dispuesto en la convención firmada y ratificada por nuestro Estado.

Por otro lado, también debemos considerar que se destaca en su “por tanto” segundo de la Resolución N° 02031-2009-SETENA, que sólo en los proyectos de torres o radio bases o antenas de telefonía celular que se ubiquen en área frágiles ambientalmente serán valorados conforme a un D1, a efecto de llevar a cabo una evaluación profunda y aquí de nuevo vemos la trasgresión de las normas, pues vía directriz, están diferenciando donde no existe posibilidad legal para hacerlo y ello conlleva evidentemente a disminuir los estándares mínimos.

Otro aspecto interesante es considerar que en el acto Resolución N° 0123-2010-SETENA

se expresa que las comunidades donde se instalen las torres o estructuras de antenas; recibirán “luego de otorgada la viabilidad” o permiso ambiental, una especie de tiempo para que se manifiesten y aclaren dudas, pero ello violenta el principio de no regresión en su manifestación de no dar participación ciudadana previa, antes de emitir el permiso ambiental y se contraviene también el derecho de información, que igualmente debe ser previo a la emisión del permiso. Se señala en la Resolución N° 0123-2010-SETENA:

“Después de obtener la Viabilidad (Licencia Ambiental y de previo a iniciar obras, el consultor y desarrollador serán responsables de la entrega a la SETENA de un informe en el cual se indique los resultados del plan de divulgación” (el resaltado es nuestro)

Y ello constituye también una violación a principios constitucionales tal y como lo ha desarrollado la Sala Constitucional en su jurisprudencia al disponer por ejemplo:

*“... Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación–, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, **la participación en el procedimiento administrativo**, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa...”* (voto N° 2120-03 de las 13:30 hrs. del 14 de marzo del 2003 de este Tribunal) (el resaltado es nuestro)

También ha dicho nuestra Tribunal Constitucional:

*“... El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, **la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública (...)**”* (sentencia N° 2120-2003 de las 13:30 hrs. del 14 de marzo del 2003) (el resaltado es nuestro)

Además:

“... La participación ciudadana carecería, totalmente, de sentido si no se brinda a los administrados facilidades para informarse sobre los criterios técnicos y demás circunstancias que sustentan determinado proyecto o decisión (...)” (sentencia No. N° 2120-2003 de las 13:30 hrs. del 14 de marzo del 2003)

En instrumentos internacionales de soft law, como lo sería la Declaración de Río 92, se dispuso en el Principio 10, denominado participación ciudadana lo siguiente:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas,

*incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como **la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones**. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”* (el resaltado es nuestro)

El artículo 13 de la Carta de la Tierra, incluido en el aparte IV, con un significativo título de democracia, no violencia y paz, busca lo mismo que la Declaración de Río y dispone: *“Fortalecer las instituciones democráticas en todos los niveles y brindar transparencia y rendimiento de cuentas en la gobernabilidad, **participación inclusiva en la toma de decisiones** y acceso a la justicia”* (el resaltado es nuestro)

En el Principio 19 de la Declaración de Estocolmo se señala:

“Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada, y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio ambiente en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio ambiente humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo,

a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos”

Por lo indicados sostengo que es que la violación referida al principio de no regresión es clara y manifiesta y consideramos que todo lo anterior se ha hecho dentro del marco de la apertura a transnacionales de las telecomunicaciones, a efecto de que más compañías se implanten en Costa Rica.

SEGUNDO: Ante la presentación de la acción de inconstitucionalidad, el Estado y demás oficinas de la Administración Pública, no han señalado en términos generales alegatos o argumentaciones , ni por asomo, a la violación al principio de no regresión, no obstante, que ello fuera expuesto al presentar la acción y esto deja un sin sabor para conocer el criterio estatal sobre los alcances de este principio, pero esperamos que desde la Sala Constitucional sí se emita lo correspondiente, cuando resuelva por el fondo del asunto, pues ello permitiría comenzar a desarrollar los límites y alcances de este novedoso principio en el ámbito jurisprudencial en Costa Rica

b- Caso Segundo: SENARA y la Directriz a favor de las estaciones gasolineras

PRIMERO: Los hechos: En este caso, la junta directiva del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA) emite directriz que exige de presentación de estudio de impacto ambiental ante el cambio de tanques de las gasolineras.

El acuerdo/directriz N° 4230 del 31 de octubre del 2011 señala en lo que interesa:

“... el señor viceministro de Gestión Ambiental y de Energía del MINAET convocó el pasado martes 11 de octubre del 2011 a una sesión de trabajo conjunta al Secretario General de SETENA, el Director de la Dirección de Transporte y Comercialización de Combustible y el Gerente de SENARA para analizar y definir la estrategia que al mismo tiempo garantice los derechos del administrado, cumpla con lo dispuesto en la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos N° 8220 del 04 de marzo del 2002 y sus reformas , así como la vulnerabilidad y resguardo del recurso hídrico. Así las cosas, se trabajó y se definió una propuesta de consenso que se presenta a continuación: Tipificación del caso... “... Las partes llegaron a los siguientes acuerdos: La SETENA no solicitará un estudio de impacto ambiental. El SENARA no solicitará un estudio Hidrogeológico. El prestador del servicio público debe aportar una declaración jurada avalada por un profesional experto en la materia que garantice que no existe derrame de combustible o presencia de vapores en el sitio donde se ubican los tanques que se vayan a sustituir...”

Es decir, se supone que conforme consta en un acto administrativo, que existió un consenso para evitar el exceso de trámites que llevan el hacer un estudio de impacto ambiental, a efecto de que las empresas gasolineras se les eximiera de tener que acudir a la SETENA a buscar un permiso ambiental respectivo, violando con ello el principio precautorio y claramente el principio de no regresión y ante esto y el hecho de considerar a los estudios de impacto ambiental y mero trámite formal para la obtención de un permiso, se

presentó desde la sociedad civil una acción de inconstitucionalidad³⁴.

Los fundamentos de la acción de inconstitucionalidad los encontramos en votos de la Sala que ha señalado sobre los estudios de impacto ambiental: “... el Estudio de Impacto Ambiental previo constituye el instrumento técnico idóneo para cumplir el principio precautorio que rige la materia ambiental, razón por la cual, prescindir de él implica omitir la prevención debida tratándose de la intervención humana en el medio...” (Voto: 6322-03)

También ha señalado esta Sala: “La aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere - de conformidad con los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica y encomendados a SETENA – **un análisis pormenorizado que incluya, como lo exige el artículo 24 de la Ley Orgánica del Ambiente, los criterios técnicos y los porcentajes de ponderación que hace posible la aprobación del estudio...**” (Voto 1174- 05) (el resaltado es nuestro)

Recordemos que los magistrados constitucionales han externado sobre los daños ambientales: “El daño que se pueda causar al ambiente siempre es de difícil o imposible reparación y la aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere de la total certeza de mínima afectación de los recursos naturales, pues así lo dispone por fuerza propia el artículo 50 de la Carta Política...” (Voto 1174- 05) (el resaltado es nuestro)

Íntimamente relacionado con este caso, se ha dicho en Sala Constitucional:

“... El principio de protección del medio ambiente **no es una recomendación o una intención que da la Constitución**, sino que, por lo contrario, es un derecho de aplicación inmediata, por lo que existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el medio ambiente...” (Voto 132-99) (el resaltado es nuestro)

Sobre la obligación prevista en el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y los estudios de impacto ambiental señaló esta Sala: “... Siguiendo lo establecido por el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y el artículo 50 de la Constitución Política, existe obligación por parte de las personas físicas y jurídicas para realizar estudios de impacto ambiental, antes de emprender cualquier actividad que, por su naturaleza, altere, contamine o destruya el medio ambiente...” (Voto: 12100-03) (el resaltado es nuestro)

Sobre el eximir una actividad de los estudios de impacto ambiental ha dicho esta Sala: “... el párrafo último del artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente **no le otorga al Poder Ejecutivo, a través de su potestad reglamentaria, discrecionalidad para exceptuar del estudio de impacto ambiental a determinadas actividades, obras o proyectos...**” (Voto 6311-03) (el resaltado es nuestro)

Por todo ello vemos, que considerar que con base la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, los estudios de impacto ambiental son solo requisitos

34 Ver expediente tramitado ante la Sala Constitucional N° 11-016395-0007-CO

formales, se llega a una clara violación al principio de no regresión, pues como lo ha externado la jurisprudencia patria, los EsIA son obligatorios y no conllevan a cumplir fines meramente románticos, sino que son totalmente necesarios para verificar que no se generen daños ambientales y pensar lo contrario, desconstitucionaliza la obligación de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado previsto en el nominal 50 constitucional patrio, además de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ambiente en lo referente a la SETENA y su función previsto en el artículo 17, en relación con lo señalado en la Ley de la Biodiversidad en su ordinal 11 inciso 1, que establece el principio precautorio o también llamado *indubio pro natura*.

SEGUNDO: En las contestaciones de la acción de inconstitucionalidad encontramos que los criterios de SETENA y SENARA son dispares. Aunque en la contestación SENARA hace referencia al principio de no regresión, se señala simplemente que este no se ha violentado, pero sin mayores argumentaciones.

Entre tanto, lo interesante de este caso está en lo que señalan los representantes de SETENA, pues ellos sí dicen que han sido claros, con los funcionarios de SENARA, en que únicamente mediante un estudio de impacto ambiental se podría autorizar el cambio de tanques para proteger el ambiente. Incluso destacamos que se expone desde SETENA que ellos nunca han acordado lo que se dice que convinieron en un acuerdo interinstitucional, que es el que genera la directriz, es decir, que el acuerdo de SENARA no sólo violenta el principio de legalidad, sino que también el precautorio y el principio de

no regresión y la jurisprudencia patria, sino que además, estaban faltando a la verdad al hablar de un consenso interinstitucional, lo cual hace que esa directriz tuviera vicios de nulidad absoluta y que además era capaz de contener situaciones que podrían estar referidas a conductas penales. Y fue seguramente por ello, que luego de presentada la acción de inconstitucionalidad, decidieron revocar el referido acuerdo/directriz, pero a la fecha, no existe resolución desde Sala Constitucional.

Conclusiones Generales

Es claro que si bien no se ha reconocido y desarrollado expresamente el principio de no regresión dentro de nuestra jurisprudencia, tenemos que existen votos que han hecho manifestaciones que no se evocan su existencia. Es muy probable que pronto, junto con las violaciones al principio precautorio, o al de irreductibilidad del bosque, o a la obligación de hacer un ordenamiento territorial acorde con el desarrollo sustentable, los diferentes operadores de justicia tendrán mucho que decir respecto a este principio, que al menos doctrinalmente, comienza a tomar auge en Latinoamérica.

Consideramos que aunque sólo lo tenemos contemplado en el texto de un tratado de libre comercio, ello no es una limitante para que en diferentes circunstancias, nuestros juzgadores expongan un reconocimiento en la jurisprudencia, pues el mismo emana del sentir del numeral 50 constitucional.

En el caso de las directrices que hemos citado, tenemos claro que ellas representan un abuso y desviación de poder que conllevan a actos absolutamente nulos por violación

a diferentes principios, donde de ahora en adelante, además de hablar de las violaciones a lo precautorio y otros más, se tendrá que incorporar la violación del principio de no regresión en materia ambiental.

En el caso de las directrices de SETENA, consideramos que todo lo que hemos visto que se ha hecho dentro un marco de la apertura a transnacionales de las telecomunicaciones, a efecto de que más compañías se implanten en Costa Rica, es claramente manifiesto, que dicha apertura ha llevado a la violación al principio de no regresión, pues se levantaron restricciones legales y reglamentarias para eximir de la presentación de un estudio de impacto ambiental a las actividades relacionadas con telefonía móvil y las telecomunicaciones. Lo que el gobierno pretende, es que existieran la menor cantidad de “limitaciones u obstáculos”, para así hacer atractivo el mercado nacional. Lo anterior es una evidencia de improvisación y abuso de poder, dado que vía directriz, no se podría cambiar leyes o reglamentos o la jurisprudencia constitucional lograda.

En cuanto a la directriz de SENARA tenemos que también ejemplifica una clara violación del principio de no regresión, al tratar de cambiar normas expresas y la misma jurisprudencia constitucional, alegando que los estudios de impacto ambiental son un “exceso de trámites” para las empresas que participan en la venta de combustibles. Lo anterior es sumamente peligroso, pues incluso se denotó que se había acudido a falsedades para emitir

esta directriz y es preocupante, que dentro de la Administración Pública, se acuda a criterios técnicos tan pobres para eximir de trámites obligatorios a las empresas; en perjuicio del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y en clara contravención del novedoso principio de no regresión en materia ambiental.

Bibliografía

Loperena Rota, Demetrio. El Derecho al Medio Ambiente Adecuado. Editorial Civitas S.A. España. 1998.

Jaquenod de Zsögön, Silvia. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. España. 1991.

Murillo, Mauro. Terminología Organizativa. En Revista ACADEMIA. Costa Rica, 1983.

Peña Chacón, Mario. “El Principio de No Regresión Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Costarricense”, *Revista Judicial*, N° 103, San José, marzo 2012, disponible en: http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/07-principio%20no%20regresion.pdf

Sagot Rodríguez, Álvaro. Aspectos Conceptuales y Jurisprudencia Constitucional Ambiental de los Principios Precautorio y Preventivo. Costa Rica, 2007.

DERECHOS HUMANOS EN LA EDAD MEDIA: EL PROCESO INQUISITIVO Y LA QUEMA DE BRUJAS

M.Sc. Ignacio García A.

SUMARIO

Derechos Humanos en la Edad Media: El proceso inquisitivo y la quema de brujas

- I. El Maleus Maleficarum**
- II. El proceso penal inquisitivo: el caso de Gandinus**
- III. A manera de conclusión: Algunos posibles y lejanos paralelismos históricos**
- IV. Bibliografía**

DERECHOS HUMANOS EN LA EDAD MEDIA: EL PROCESO INQUISITIVO Y LA QUEMA DE BRUJAS

M.Sc. Ignacio García A.

Derechos Humanos en la Edad Media: El proceso inquisitivo y la quema de brujas

Mucho se habla hoy en el derecho penal, del derecho penal del enemigo y de la expansión del derecho penal.

Especialmente en Costa Rica, la discusión acerca del derecho penal se ha dividido, polarizado y entendido de una manera dualista, entre quienes se adscriben a una política de persecución penal más funcionalista -en el sentido sociológico del término-, y quienes se conciben a sí mismos como garantistas.

Esta dinámica polarizada está lejos de ser algo insólito o novedoso.

El presente artículo pretende dar un ejemplo de ésta dualidad presente en los fenómenos de expansión del derecho penal, con base en un ejemplo: los manuales utilizados por los tribunales de la Santa Inquisición durante la baja Edad Media en Europa Central.

Para este fin, se utilizarán dos ejemplos: Por un lado, los manuales de persecución contra la brujería denominados “Maleus Maleficarum”, y “Fornicarius”. Por otro lado,

utilizaremos una obra del profesor alemán Hans Ulrich Kantorowicz, un gran jurista radicado en Berlín en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, quien a mediados del siglo XX e inspirado por la Escuela Histórica del Derecho, acudió a las fuentes históricas directas y tradujo las actas del proceso inquisitivo directamente de los registros de una corte en el norte de Italia, utilizando la figura de un juez inquisidor, Gandinus.

Finalmente, haremos algunas reflexiones en cuanto a los posibles paralelismos que podría guardar este marco histórico, con los fenómenos de expansión del derecho penal contemporáneo.

I. El Maleus Maleficarum

Hablar del proceso inquisitivo, o de la Inquisición, implica un período de cerca de 500 años en una región tan grande como Europa Central.

La primera institucionalización de un tribunal de la Santa Inquisición se dio en Languedot, al sur de Francia, en el año 1184. La ejecución de Robert François Damiens, ejemplo del frustrado magnicida que utiliza Michel Foucault para iniciar su célebre obra “Vigilar y Castigar”, toma lugar en 1715 en París.¹

¹ Foucault, Michel. Vigilar y castigar : nacimiento de la prisión.- 1a, ed.-Buenos Aires : Siglo XXI. Editores Argentina, 2002.

Esta gran divergencia temporal de casi seiscientos años entre ambos eventos nos da una idea del largo periodo que significa el desarrollo y la institucionalización del proceso inquisitivo.

Sin embargo, y como veremos en este trabajo, la época más intenso de los procesos contra las brujas y demonios se extendió durante casi un siglo y medio, no en la alta Edad Media, sino ya en la modernidad temprana, en los siglos XVI y XVII en Europa Central, más específicamente en Francia, Alemania, España, Portugal, Suiza, e Italia.

En Francia y Alemania el proceso inquisitivo fue particularmente violento. Trataremos de delimitar la evolución del proceso inquisitivo delimitándolo temporal y espacialmente mediante dos ejemplos concretos en la Europa Central de la baja Edad Media.

En 1484, Inocencio VIII promulga la bula “Summis desiderantes affectibus”, en la que modifica la posición de la Iglesia respecto a la brujería, y declara la existencia de las brujas.

De hecho, parte de su política consiste en afianzar la creencia en las brujas como un dogma. Anteriormente, en el *Canon Episcopi* del año 906 d.C., la Iglesia había declarado la creencia en las brujas como una herejía. El Decretum Gratiani de 1140 también se adscribe a esa línea argumentativa. Sin embargo, con Inocencio VIII este criterio

cambia a su opuesto: negar la existencia de las brujas constituye el pecado de herejía.

Con el fin de afianzar esta postura, Inocencio VIII nombra como representantes máximos del Santo Oficio a Heinrich Kramer y a Jakob Sprenger en las regiones de Maguncia, Colonia, Tréveris, Salzburgo y Brema.

La Bula mencionada institucionaliza la denominada caza de brujas como una política de persecución penal, delegándola en la inquisición de influencia dominica y franciscana.

Como parte de esta política, Kramer, también llamado Institor o Institoris, redacta el “Malleus Malleficarum” o “Martillo de las Brujas” de 1487, el cual consiste en un manual que se distribuye rápidamente por Europa. Hasta 1520 aparecen trece impresiones del libro y en el periodo que va de 1574 a 1669, aparecen 16 publicaciones más.²

Sin embargo, el Maleus Maleficarum no es el único manual o tratado teórico o práctico para reprimir la hechicería. Existía ya desde 1286 el “Tractatus de Maleficiis” de Albertus Gandinus, un juez del proceso inquisitorio que vivió entre los años de 1245 y 1310 en Bologna.³ Su tratado fue publicado en la versión final en 1299, cuando fungía como juez en Siena.⁴

Gandinus es la figura central del estudio del penalista e historiador Hermann Ulrich

2 Maria Jesús Zamora Calvo. “Kramer, Sprenger y sus seguidores en la Europa católica”. En : Science, magie et religion, un compromis médiéval?. Caucés, Revue d’ études hispaniques. N.6; 2005, p.129. http://www.uam.es/personal_pdi/filoyletras/mzcalvo/Documentos/Kramer.pdf

3 Kantorowicz, Hermann U., “Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik”. Berlin (1907). En lo que se refiere a la figura del juez Gandinus, se utilizó esta obra como base para la presente investigación.

4 Información recolectada en el sitio web historicum.net; publicación de la Facultad de Historia de la Universidad LMU de Munich: www.historicum.net. Estado: 2. Nov. 2012.

Kantorowicz, una de las autoridades más reconocidas en el tema. Hermann Ulrich Kantorowicz es, sin lugar a dudas, uno de los más ilustres juristas alemanes del siglo XX. Se le conoce como fundador de la “Escuela del Derecho Libre”, en la cual propone la existencia de un derecho fuera del ordenamiento jurídico estatal.⁵ Fue decano la Universidad de Kiel. Con la segunda guerra mundial, su hermano Alfred fue enviado a un campo de concentración. Kantorowicz fue despedido por razones políticas y sus libros quemados. Emigró hacia Inglaterra. Dio clases en Nueva York, Oxford y Cambridge. Su obra sobre Gandinus, sirve como fundamento básico de este trabajo y del estudio del derecho penal medieval en Alemania.

Con Gandinus inicia en la práctica de los tribunales comunes de la zona norte de Italia, la represión del proceso acusatorio que hasta entonces se había venido desarrollando, dando lugar a su transformación sobre las bases de una investigación inquisitoria sobre los hechos (“ex officio). En un proceso derivado directamente del derecho canónico, Gandinus abogaba por los mismos fines procesales. Tanto el acusador privado como el actual juez que investiga “ex officio per inquisitionem” tienen como objetivo el castigo indispensable del injusto ocasionado (“ut maleficium puniatur”). Por lo tanto, Gandinus ve en la investigación de oficio en los sistemas penales universales un requisito para la Justicia.

5 v. “La Lucha por el Derecho” (1907), bajo el pseudónimo de Gnaeus Flaevius.

6 Ibid.

7 Gábor Klaniczay, “The Process of Trance, Heavenly and Diabolic Apparitions in Johannes Nider’s Formicarius”.

8 Schröder, Rainer. “Rechtsgeschichte”. Alpmann-Schmidt (2006). p. 105

9 Gerd Schwerhoff: Vom Alltagsverdacht zur Massenverfolgung. Neuere deutsche Forschungen zum frühneuzeitlichen Hexenwesen. En: www.historicum.net

Gandinus reconoce, sin embargo, las limitaciones y debilidades del proceso penal, especialmente en su fase probatoria (la confesión, los testigos, la prueba documental, declaraciones). Por lo tanto desarrolla una teoría sobre un “sistema de indicios” que antecederan a la tortura. Bajo esta teoría, era requisito para poder ordenar la tortura, que existieran indicios suficientes y verdaderos (“indicia sufficientia et verisimilia”).⁶

Otro manual de brujería publicado en 1437 en el Concilio de Basilea, es el “Fornicarius”, escrito por Johannes Nider. Este manual sirvió de base y antecedente para la redacción del Maleus Maleficarum.⁷

Hasta 1215, la Herejía era castigada únicamente con el calabozo.⁸ Sin embargo, con los dominicos Kramer y Sprenger, como señalamos anteriormente, en 1484, la persecución política y la represión del sistema inquisitivo alcanza un nivel más alto. Las investigaciones más recientes calculan entre 40.000 y 60.000 el número de ejecuciones en Europa durante esta época. Cerca de un 80% eran mujeres.⁹

El carácter epidémico y estructural y la forma en la que se manifiesta la violencia durante este periodo, nos puede llevar a pensar en que puedan existir modelos, dinámicas y fenómenos de expansión del derecho penal que coinciden en su forma y reiteración histórica.

El *Maleus Maleficarum* inicia con la creación de un dogma: poner en duda la existencia de brujas es sinónimo de herejía. (“Yerran quienes dicen que la brujería no existe”).¹⁰ La obra examina las cualidades de las brujas y demonios de manera minuciosa y detallada, por ejemplo: Su posibilidad de convertirse en ratas; su habilidad para volar de noche; los pactos entre las brujas y los demonios; los demonios prefieren utilizar el semen producto de un acto sexual por tener mayor fuerza generativa que el emitido durante una polución nocturna. Es evidente la misoginia presente en el texto. Una de las acusaciones que se hacían a las brujas, era el poder robar el pene de un hombre, y poder criarlo en un nido.¹¹

El *Maleus* trata de emular el método de disertación escolástico de la tradición disertación tomista.¹² La obra se halla dividida en tres partes. La primera “contiene tres aspectos que coinciden en el maleficio: el demonio, el brujo y la permisión divina”. La segunda “trata de la forma de inferir maleficios y de luchar felizmente contra ellos”. La tercera “comprende veinticinco cuestiones pertinentes a la actuación judicial, tanto en el fuero eclesiástico como en el civil contra los brujos y demás mujeres. En ella se muestra de forma elocuente la regla para iniciar el proceso judicial y pronunciar sentencia”.¹³

Al momento de la redacción del *Maleus Maleficarum*, Kramer es probablemente

el inquisidor más famoso y reconocido de Europa. El inquisidor dominico presumía de haber liderado más de 200 procesos en contra de brujas, pero es poca la evidencia para sustentar dicha cifra.¹⁴ En este periodo las Cortes inquisitoriales de Europa ordenaron entre 50.000 y 60.000 penas de muerte. Algunos autores incluso hablan de “millones” de ejecuciones.¹⁵

Durante esta época, se da una pugna entre tres corrientes ideológicas: los requerimientos de la Iglesia; los saberes vulgares, y las corrientes positivistas, científicas renacentistas.

Como parte de esa pugna, encontramos diversos representantes.

El filósofo de Toulouse, Jean Bodin, publica en 1580 su obra “De magorum daemonomania libri IV”. Su obra más famosa es “De la Demonomanie des Sorciers”, la cual promueve la persecución de brujas. Bodin entra en una fuerte controversia con el también demonólogo alemán Johannes Weir, quien en su obra “De Praestigiis Daemonum et Incantationibus ac Venificiis” había cuestionado, en 1563, la posibilidad de que la brujería no existiera objetivamente, sino que obedeciera a perturbaciones mentales de las mujeres brujas. La demonología de Weir es bastante ortodoxa, pero contiene un mínimo de cuestionamiento, que levanta el apasionado fanatismo de Bodin.¹⁶

Ni Lutero ni Calvino no se pronuncian en contra de la cacería de brujas.

“Lutero, por ejemplo, sostenía que la mera ejecución no resultaba una pena suficiente y que los gobernantes debían perseguir, golpear, estrangular, colgar, quemar y torturar a la chusma en todas las formas imaginables.

El uso de la espada es un sagrado deber del que gobierna: “La mano que empuña la espada y que estrangula no es más una mano humana sino la mano de Dios. No es el hombre sino Dios el que cuelga, tortura, decapita, estrangula y hace la guerra...”.¹⁷

Sobre las brujas, diría Juan Calvino: “A una bruja, no debe dejársele vivir”.¹⁸

Sin embargo, la estructura de control social persecutoria-inquisitiva, sí recibe una fuerte oposición, especialmente con la influencia y llegada del renacimiento.

Pero a pesar del expansionismo punitivo predominante, también surgen en esta época, -aún sin el advenimiento de la revolución francesa y del reconocimiento del ser humano como depositario de derechos naturales y universales-, corrientes garantistas que basadas en un iusnaturalismo y una concepción algo judeocristiana de la dignidad humana, se le oponen fuertemente a un “derecho penal del enemigo medieval”.

Especialmente en Tubinga, se da un movimiento de juristas que critica fuertemente la cacería de brujas. Dentro de estos pensadores se encuentra Johannes Kepler (1571–1630). La madre de éste astrólogo, matemático y teólogo, conocido por descubrir la traslación de los planetas, fue absuelta de un proceso inquisitivo por esta causa.¹⁹

Dentro del movimiento en contra de la persecución de brujas son especialmente importantes las intervenciones del jesuita Friedrich von Spee (1591-1635) y de Christian Thomassius (1655-1728).

Spee, también conocido como Friedrich von Langenfeld Spee, publica su obra “Cautio Criminalis” en 1631. Dentro de sus críticas más directas, Spee argumenta lo siguiente: “El proceso ilegal con el uso de la tortura, hace posible hacer de cualquier persona una bruja. Si se desistiera de este proceso ilegal, ya no habrían más brujas”. No en vano, los maestros de brujería son para Spee, “no los acusados, sino los Inquisidores y los verdugos, que se consideran a sí mismos como entendedores del verdadero arte de una alquimia que hace de los inocentes posibles brujas y culpables”.²⁰

En su argumentación en la *Constitutio Criminalis*, pueden observarse modelos de argumentación que se encuentran cercanos a principios como “in dubio pro reo” y al

10 Maleus, p.42.

11 Moira Smith, “The Flying Phallus and the Laughing Inquisitor: Penis Theft in the “Malleus Maleficarum”. En: Journal of Folklore Research, Vol. 39, No. 1 (Jan. - Apr., 2002), pp. 85-117. Indiana University Press.

12 Hans Peter Broedel. “The malleus maleficarum and the construction of witchcraft”. Manchester University Press, Manchester (2003). p.22.

13 Institotit, Heinrich; Sprenger, Jakob. El martillo de las bruhas para golpear a las brujas y sus herejías co poderosa maza, Malleus maleficarum. (1484). Valladolid, Ed. Maxtor, 2004.

14 Broedel, Op.cit. p.12.

15 Schröder, Rainer (2006). p. 105.

16 Tamar Herzig, “The Demons’ Reaction to Sodomy: Witchcraft and Homosexuality in Gianfrancesco Pico della Mirandola’s “Strix” En: The Sixteenth Century Journal, Vol. 34, Nº 1 (Spring, 2003), pp. 53-72.

17 Citado por F. Vonholtzendorff, “Das Verbrechen des Mondes und die Todesstrafe”, Berlín, 1875, pág. 211. Esta cita aparece en la obra de Rusche y Kirchheimer, “Pena y Estructura Social”. Rusche, Georg / Kirchheimer, Otto: “Pena y estructura social”. Edit. Temis, 1984 (ed. italiana, Bologna, 1978).

18 Calvino, Juan. Moisés 2.17; En: <http://www.bibleserver.com/text/EU/2.Mose22>. Estado al 4 de Noviembre de 2012.

19 Eberhard Walz, “„Die Hexe von Leonberg. Katharina Kepler und ihr Prozeß”. En: http://www.adv-boeblingen.de/zrbb/leonb/leonb/persoel/k_kepler.htm (Estado al 2 de Nov., 2012)

20 Cautio Criminalis. p.69. Cita por Günter Jerouschek, “Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die Cautio Criminalis im Lichte des gemeinen Strafrechts der frühen Neuzeit”. En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Volumen 108, Núm. 2, p. 243–265.

principio de inocencia como principios generales del derecho.²¹

Christian Thomassius, por otro lado, es posterior a Spee y publica en 1701 “De crimine Magiae”. En Thomassius ya son más evidentes las influencias del racionalismo y de la ilustración.²²

En 1532 Carlos V emite la *Constitutio Criminalis Carolina*, la legislación penal más influyente del siglo XVI. La ley Carolina establece una serie de garantías procesales que trataban de limitar la expansión de los procesos de brujería. Dentro de ésta legislación se construye el concepto de la verdad procesal. Sin embargo, este instrumento, inspiado en el derecho medieval inquisitivo, arrastraba y codificaba muchos de estos principios: castigaba la hechicería con la pena de muerte por medio de la hoguera; validaba y justificaba métodos de tortura en los interrogamientos; criminalizo la difamación de Dios y las relaciones sexuales contrarias a la naturaleza; permitía acusar por adulterio a aquellas brujas que estuvieran casadas.²³

Otro caso importante de oposición al proceso inquisitivo es el proceso de nulidad ante el Consejo Cesáreo-Imperial de Aulico de Hohenems-Vaduz, una comunidad del Sacro Imperio Romano ubicada en Lichtenstein, en donde se declararon nulos 122 procesos penales de brujería “a causa de graves violaciones a los derechos fundamentales de los

acusados”.²⁴ Esta sentencia se da en 1684. Incluso en 1685, por mandato público, se ordenó aclarar en carácter de verdad oficial, que ninguna de las víctimas había sido bruja o brujo, dejando sin efecto cualquier presunción que pudiese resultar en herejía.

Este proceso finalmente impidió –por oposición de los pobladores- que se siguiera utilizando el proceso penal inquisitivo contra brujas y demonios.

El caso de Hohenems-Vaduz reviste una particularidad importante, porque pareciera ser un antecedente milenario de lo que en el siglo XX y XXI serían las Comisiones de Verdad en la evolución muy reciente del derecho penal internacional. Uno de los efectos sociales positivos del reconocimiento de una verdad histórica, -en el caso del horror de un genocidio en Guatemala o El Salvador, del apartheid en Suráfrica, o de las desapariciones en Argentina-, es el reconocimiento al sufrimiento de las víctimas mediante la “superación de la verdad” (Wahrheits-, Vergangenheitsbewältigung). Es decir, aunque sea simbólica, una disculpa del Estado o de las autoridades por los errores cometidos. Si bien es cierto las Comisiones de Verdad son una invención humana que se da bien entrada la postmodernidad, observamos en el caso de Lichtenstein un antecedente milenario digno de reconocer.

Debe tomarse en cuenta, además, que de 1618 a 1648 el Sacro Imperio Romano

experimenta además la sangrienta guerra de los treinta años. Esto es importante también para visualizar la normalidad de la violencia en la europa medieval, la cual para algunos autores, a pesar de su cotidianidad, llega a niveles de irracionalidad.²⁵

En 1764 escribe Cesare Beccaria su “Tratado de los delitos y de las penas”, en el cual propone la abolición de la pena de muerte. Con autores como Cesare Beccaria, los ideales del humanismo llegarían a condensarse en obras que inspiran ya los principios constitucionales del Estado republicano.

La última bruja de Europa, Anna Göldin, fue ejecutada en 1782, en Glarus, Suiza.²⁶

2- El proceso penal inquisitivo: el caso de Gandinus.

Para ilustrar el proceso penal inquisitivo, especialmente el primigenio de la edad media alta, hemos recurrido al estudio de Hermann Kantorowicz sobre el juez Gandinus.²⁷

Para el estudio del proceso seguido en Bologna, Kantorowicz se enmarca temporalmente entre los años 1275 y 1300. Divide su obra en dos tomos: la praxis y la teoría.

Su investigación consistió en revisar 130 actas de los procesos tramitados por el juzgado penal medieval de Bologna.²⁸

A veces, el examen de Kantorowicz parece ser exageradamente minucioso, al grado de parecer bizantino. Sin embargo, es de hacer notar la fidelidad y rigurosidad con la que registra cada una de las fuentes examinadas. Su intención es investigar el “espíritu escolástico” del pensamiento jurídico de Gandinus.

Su método científico se asemeja al utilizado por su contemporáneos de la Escuela histórica del Derecho (Savigny, Puchta, Hugo), ya que Kantorowicz emprende el estudio directo de las fuentes, sin interpretaciones de por medio.²⁹

Kantorowicz diferencia tres diferentes procesos: La acusación ordinaria, el proceso inquisitivo y las sentencias.

a- La denuncia

El proceso inquisitivo se diferenciaba de las otras dos vías procesales ordinarias. La Protocolización de piezas era mucho más completa, las audiencias y la recepción de prueba testimonial mucho más amplias y numerosas. En general el proceso tenía mayor complejidad, y casi nunca terminaba anticipadamente. Además se utilizaba en este tipo de proceso papel, en primer lugar porque era más barato (lo cual tenía que ver con una documentación más amplia del proceso), y en segundo lugar, porque naturalmente el manejo de papel era más fácil que el de pergaminos.

21 Jerouschek, ibid.p.257.
22 “Para Thomasius la caída de Dios no era tanto un error punible de la voluntad, tanto como una falla de la razón”. Schröder. Op.cit.p.106.; Braun, Johann. “Einführung in die Rechtsphilosophie”. Mohr Siebeck, 2. ed. (2011). p. 295.
23 Bernd Marquardt. “El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII”. Revista Pensamiento Jurídico, No. 30, enero-abril, Bogotá, 2011, pp. 217-243.
24 Ibidem.

25 Para una definición de pecado y locura desde la perspectiva medieval, v.:“Madness and the problems of Psychological History in the sixteenth Century”. Midelfort, Eric. En: The Sixteenth Century Journal, Vol.12, Nº 1 (Spring 1981).p.5-12.
26 Marquardt, Op.cit.
27 Kantorowicz, ibid. (1907).
28 Para este trabajo, nos referiremos especialmente al capítulo segundo de su primer tomo, “la praxis”.
29 Sobre la Escuela Histórica del Derecho, v. “Lex Mercatoria y Globalización”, Ignacio García A. Revista Judicial N.92. p. 161.

El primer acto del proceso inquisitivo era la **Acusación** (notificatio, denuntia, denuntiatio). Puede ser escrita u oral, e iniciar de manera pública o privada. De tal modo que encontramos cuatro clases de denuncias: las escritas –según sean anónimas o no-, y las orales públicas, las cuales se subdividen de acuerdo a la característica del denunciante.

Denuncia				
oral	escrita			
pública (de oficio)	privada	pública	privada	
órganos comunales	órganos policiales		nominada	anónima

Todas las denuncias se realizaban en papel de oficio, y presentan las mismas características exteriores. De parte del notario del juzgado, aparece a veces una “F” que significa “Factum” (hecho).

Las denuncias públicas eran presentadas por órganos comunitarios, los cuales tenían como función principal, de hecho, poner en conocimiento al “Podestá” de cada delito que sucediera. Si éste ocurría en Bologna, la denuncia era llevada por Ministerios de naturaleza eclesiástica (capella), situados en el lugar de los hechos, a veces por uno o tres ministros, a veces por todos de manera conjunta.

Si los hechos ocurrían en un lugar fuera de la jurisdicción de la ciudad el encargado de la denuncia era el Massarius, el encargado de la zona.

Generalmente no coincide quien plantea la denuncia con quien quien la escribía. Esto tenía una razón muy práctica de ser. Normalmente el ejercicio de éstas

funciones públicas (massare) eran llevadas por zapateros o sastres, campesinos, que no hablaban latín. Esto obligaba a la intermediación de un notario. Una examen de la caligrafía demuestra que la interposición de la denuncia se realizaba por los funcionarios ya nombrados, pero en ningún caso por acción del notario. Ciertas anotaciones al margen permiten ver que los Massare confiaban la redacción de la denuncia a los notarios.

Sin embargo, al ser los massare personas que ostentaban el cargo de manera tratuita, no siempre podían pagar los honorarios del notario. Los estatutos no indican nada sobre los salarios de los *Massare*, y en las actas de la tesorería de los ministerios no existen registros sobre facturas o recibos para los notarios privados. Esta es una más de las dudas que quedan sobre el proceso. No existen referencias o menciones directas que aclaren si el denunciante puede ser el Notario, o viceversa.

El contenido de las denuncias se refiere únicamente a los hechos y contiene únicamente lo elementos más necesarios. El destinatario es con frecuencia el mismo juez penal, a veces el *Podestá* y el juez, casi nunca el *Podestá* solamente. La denuncia inicia con el nombre del juez, pero a veces con el nombre del denunciante.

Se indica en la denuncia además en las actas la gobernación a la cual pertenecen, a veces también se indica su ocupación u oficio (frecuentemente fornarius –panadero- o calzonarius –sastre).

Le sigue la parte narrativa de la denuncia, la cual contiene –en vez de una aclaración del delito-, ciertos elementos constitutivos

o hasta calificados del delito, a lo cual se le agrega la frase “ut audivit ut dicitur”, lo cual implica que no se escribe desde la perspectiva del denunciante.

La denuncia indica generalmente el nombre y el domicilio del acusado y de la víctima, una descripción exacta del lugar de los hechos y una fecha no siempre exacta (a veces nada más se indica el mes). Generalmente la denuncia se daba el mismo día de los hechos o algunos pocos días después.

Otros elementos, por ejemplo la edad del imputado, nunca están presentes en la denuncia.

Si la denuncia fue emitida por el notario del juzgado, a éste notario además le correspondía normalmente también realizar el emplazamiento. Se indican los testigos.

A veces se encuentra prueba adicional enlistada y clasificada de una sola vez en la denuncia.

Dentro de las denuncias escritas, las nominadas no eran muy frecuentes. Esto por cuanto el denunciante o el testigo debían rendir su declaración dentro del proceso, y por lo tanto, preferían rendir su declaración desde el inicio.

Tanto el denunciante como los testigos eran juramentados.

Las denuncias anónimas sí eran muy frecuentes en el volumen de los juzgados. No se diferencian en la forma de las denuncias de oficio. No se excluyen los casos en los que el redactor sea el mismo denunciante. Sin embargo, cuando el denunciante era analfabeto, debía buscar la asistencia de un

notario; si no, podía interponer la denuncia en italiano y depositarlo en los buzones dispuestos en el juzgado (cassa, cassia, capsas, capsia comunis).

Estos buzones, que eran cerrados y tenían la forma de un baúl, se le confiaban a un Notario nombrado por la ciudad (notarius ad cassam). Por esta función ganaba 2 libras al mes, y debe haber sido ser una persona joven en una posición de subalterno. Esto porque dentro de sus funciones estaban las de clasificar cada denuncia, y distribuirlas en los despachos de los cuatro notarios del juzgado.

Lamentablemente sólo quedaron pocas denuncias en italiano, porque en cuanto se trasladaba la denuncia al latín, se utilizaba esta versión y se quemaban las anteriores. La única que Kantorowicz analiza presenta un lenguaje poco técnico, folklórico, informal, lo cual indica que el notario asumía no sólo la traducción, sino además una redacción formal y jurídica.

Sólo en un caso existen dos denuncias para el mismo caso, y esto se explica por una razón particular. Tenemos por un lado esta denuncia anónima en latín, algo que no es fácil de encontrar en las actas de los procesos de la época. Sin embargo, la construcción jurídica es aún peor: la narratio se parte en dos, la descripción de las circunstancias agravantes (la acción se dio por la noche) está al final de la denuncia, y para colmo de males la pieza memorable mencionada trae un comentario de sospecha por parte del juez, Gandinus, a quien se menciona en el texto.

¿Quién pudo haber escrito este texto? No había mucha gente que hablara latín en

el lugar de donde provino la denuncia, el pueblo de Pizzocalvo. Los clérigos del pueblo tampoco redactaron la denuncia, porque es a ellos a quienes se les había robado, y además en la misma denuncia se indica que ellos se abstuvieron de acusar; el último que podía haber hecho la denuncia era el Massar del lugar, y éste no era un campesino, sino un Notario. Este notario pudo haber sido el redactor de esta denuncia, especialmente si se toma en cuenta que el juzgado se encuentra a 9 km del juzgado más cercano. No podía utilizar la denuncia en esta forma, y por eso se hizo necesaria una nueva versión de la denuncia. De quien provino esta nueva versión del juez del juzgado o de Gandinus, eso se desconoce. La caligrafía no parece ser del juez del juzgado. Si embargo, la denuncia en cuestión es técnicamente muy elaborada, cada palabra está en su lugar y ninguna es innecesaria, el lenguaje y la estructura es impecable. De acuerdo con la costumbre, la denuncia es privada, porque posee una frase de cierre, que no falta en la modalidad pública oficial, en las cuales se le solicita al juez que condene al imputado.

Las denuncias orales podían ser oficiales o privadas. Las primeras eran interpuestas por los órganos comunales anteriormente mencionados, asó como por los guardianes de noche, a veces incluso por los propios *Podestá*. Algunas de estas denuncias se transcribían en libros, que se llamaban “libri relationum” o “berroarorium”. Kantorowicz les llama a estos libros “libri denuntiationum”. Contenían una lista cronológica de la fecha de la “relatio”, la cual se elaboraba a más tardar un día después de los hechos, con los nombres de los patrulleros, nombre y domicilio del presunto imputado, hora y lugar de los hechos.

Aún cuando las denuncias orales eran mucho más frecuentes, debe partirse de una serie de suposiciones. Sin embargo, muchas de estas denuncias eran transcritas en los “libri denuntiationum”. Muchas de las actas de estos años se perdieron, entre ellas los “libri confessionum” del notario encargado de protocolizar las torturas, los libros de actas del “iudex ad discum aquile” y otras.

b- La apertura del proceso y la detención

Una vez procesada la denuncia, se abría oficialmente el proceso y se ordenaba la detención del acusado.

En los libri inquisitionum aparece una resolución denominada “titulus inquisitionis” en donde se abre oficialmente el proceso, con la frase “Hes est inquisitio”. Este inicio no aparece de manera uniforme en todos los expedientes. En un caso, en el que se acusa a un imputado llamado Mengus, se cuestiona de manera posterior a sus cómplices, Nicolaus y Sandrolus, quienes aparecen ligados a un robo, y la apertura de sus procesos se da de manera muy posterior a la prueba testimonial.

En otro caso se abre el proceso en contra de un estafador de nombre Bernardus, sin embargo a raíz de la investigación inquisitiva se conoce la identidad del verdadero estafador y se inician los procedimientos contra él.

En algunos casos, el inicio del proceso demandaba la presentación de una defensa en contraposición a la denuncia.

c- Audiencia

Abierto el proceso, se procedía a la audiencia, la cual se dividía en cuatro fases.

Inicialmente, se le hacía la pregunta a la acusada, de si había tenido relaciones sexuales con el diablo.

Si la acusada no confesaba, se procedía al “Territion”, es decir, a enseñarle los instrumentos de tortura.

Los instrumentos más utilizados eran:

La cuerda, consistía en sujetar al reo en una mesa y luego dar vueltas a un cordel arrollado a sus brazos y piernas produciendo estiramiento de las articulaciones y un fuerte dolor; el tormento del agua consistía en verter agua sobre el rostro del torturado impidiéndole respirar³⁰; el garrote consistía en una tabla sostenida por cuatro patas con garrotes que se ajustaban hasta producir dolor; en el Tormento de la garrucha el torturado era atado de las manos, elevado y dejado caer violentamente sin llegar al suelo, lo que provocaba intensos dolores en las articulaciones.

d- La prueba de bruja

El proceso oficialmente no preveía la prueba de dios o la ordalía. De hecho en algún momento existió una prohibición expresa de su utilización, según lo dispuesto en el Concilio de Letrán de 1215. Sin embargo en la práctica, a veces se utilizaba como una forma de evacuar prueba en contra de la acusada.

Con el advenimiento del racionalismo, el proceso penal se convertiría en el resultado de mediciones empíricas y el silogismo producto de métodos científicos.

Dentro de estas pruebas, para ver si la acusada era una bruja o no, se encontraban las siguientes:

Ordalía del agua o baño de las brujas. Esta prueba podía ser con agua fría o caliente. En la primera, se les echaba a un río, por ejemplo, amarradas de una piedra. Si lograban salir, o flotaban, se comprobaba que eran brujas.³¹

En la segunda, el acusado debía extraer, con el brazo desnudo, una pequeña piedra o un anillo de un caldero de agua hirviendo.

Prueba de fuego: El acusado debía poner la mano en el fuego, caminar sobre brasas, o transportar un fierro al rojo vivo. Si el acusado permanecía indemne o si sus heridas no supuraban, se creía que su inocencia estaba probada, en caso contrario era condenado.

Prueba de las lágrimas. Partiendo de la suposición de que una bruja no puede llorar, se solicitaba a las acusadas que todavía no habían confesado que lloraran. Si no caían lágrimas de sus ojos, se tomaba como un indicio de culpabilidad.

Prueba de la aguja: Se partía del hecho de que las brujas no tenían sangre y no podían sentir dolor. Por lo que se buscaba una marca demoníaca en la acusada. Estas marcas demoníacas o marcas de brujas eran pecas, manchas o verrugas en la piel que llamaran la atención, con las que se creía que el Demonio marcaba a las personas con las que cerraba un pacto. Si al pincharla con una aguja, la mujer no sangraba, era porque era bruja.

30 Este método fue el utilizado por la CIA en los campos de Guantánamo y Abu Ghraib. También conocido como “waterboarding”.
31 ver Forum Historiae Iuris: <http://www.forhistiur.de/> (Estado: 31 Enero de 2013)

e- La Confesión.

Finalmente, si la persona sobrevivía a la or-dalía, podía rendir la confesión. A nadie podía juzgársele sin haber emitido una confesión.

En todo caso, es importante señalar que el inicio del proceso conllevaba la declaración inicial de Inquisidores y testigos. Existen muy pocos casos en las actas revisadas por Kantorowicz, en las que se hubiere presentado procesos sin intervención de los testigos en las partes iniciales del procedimiento o incluso como acto inicial.

La convocatoria del Inquisidor y de los testigos llevaban el mismo procedimiento que el señalado para el emplazamiento. Al acusado sólo se le indicaba que había un proceso inquisitivo en su contra. No se le indicaba por qué se le investigaba.

En el expediente se protocolizaba una audiencia de la autoridad inquisitiva de los testigos nombrados (testes ex officio) y la prueba de descargo (testes ad defensionem). Estas protocolizaciones muestran pocas particularidades. En ambos interrogamientos el juez podía preguntar según le pareciera. Aquí el objeto de la discusión era, si la audiencia debía darse antes o después de la correspondiente tortura.

Cuando se realizaba la audiencia después de la tortura, se asignaba un notario de la ciudad (este nombramiento se llama “ad confessiones audiendas”, o “ad tormenta”), y se transcribía el acto en el “libri confessionum”. Kantorowicz no encontró sin embargo, actas de este tipo.

En el caso de que se consiguiera la confesión, ésta se inscribía en el “libri

inquisitionum”. Kantorowicz hace un recuento de los libros en los que se transcribía el proceso penal y menciona los siguientes: el libri denuntiationum; testium, confesionum, diversarum scripturarum, y el preceptorum. Había además un diario en donde se transcribían los actos (Journalakten) y el libri inquisitionum, que era el manual del proceso en general. Regía un principio de doble intestación, en donde los actos eran registrados de manera cronológica en las actas, mientras que en los diarios venían ordenados también por materia.

La confesión podía darse de manera anticipada a la tortura. En este caso, aplicaban las mismas penas: Prisión, trabajo forzado, muerte o tortura. La diferencia es que en caso de confesión aplicaba la piedad (corcordia cum accusatore).

La tortura debía ser registrada en el Protocolo creado con ese fin. Inicia con el nombre de la persona, clasificados de acuerdo a su naturaleza. Le sigue la fecha, y la declaración de que para evitar la tortura (depositus a tormentis), rendió una confesión.

Generalmente, al final de este acto, cuando se rinde la confesión, con tal de salvarse, se hace la indicación de si existen cómplices o coautores. Por lo que se abría en este momento la investigación contra otros acusados.

f- La Sentencia y la ejecución.

Ya rendida la confesión, podía procederse a dictar sentencia. Por la herejía, el castigo más común era la hoguera. Esto con el fin de purificar el alma.

Cuando había una cierta cantidad de condenados por la Inquisición, se celebraban

los llamados “Autos de Fe”. Eran ceremonias que duraban un día entero, desde la mañana hasta la noche, con gran pompa y boato. Comenzaban con una procesión de las autoridades civiles y eclesiásticas y finalmente los condenados, vestidos con ropas infamantes llamadas sambenitos, palabra que es una deformación de “saco bendito”.³² Se leían las condenas, y aquellos destinados a la pena de muerte, eran relajados al brazo civil, donde el verdugo los quemaba en la hoguera en presencia de todo el pueblo.

**3- A manera de conclusión:
Algunos posibles y lejanos paralelismos históricos**

En una entrevista pública, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Antonin Scalia, dice que la tortura, como trato cruel, inhumano y degradante, no viola la octava enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En su interpretación, dice que cuando un oficial tortura a alguien para obtener información, no se puede decir que se esté “castigando” a alguien, y que por lo tanto, la definición no es aplicable a los postulados constitucionales.³³

El gobierno de Estados Unidos, dirigidos por Donald Rumsfeld, Dick Cheney y Condoleezza Rice, acuñó el término de

“técnicas de interrogamiento de avanzada” (enhanced interrogation techniques), como un eufemismo para las prácticas de tortura aplicadas en los campos de detención de Guantánamo y Abu Ghraib.³⁴

A través de John Yoo, de la Oficina de Ase-soría Legal, una autoridad pública adscrita al Departamento de Justicia, se emitieron una serie de directrices en donde se descri-bían dichas técnicas. Una de ellas se llama el waterboard (cubeta), en donde se amarra al prisionero acostado boca arriba, y se le derrama agua, produciéndole la sensación de ahogo. Dentro de sus efectos, puede producir daño permanente en los pulmo-nes y cerebrales. El memorando de John Yoo justificaba dichos métodos, y aconse-jaba la no aplicación de las Convenciones de Ginebra.³⁵

Claudio Nash define algunos elementos comunes de la tortura, que son un acto intencional, la presencia de sufrimiento o dolor (no necesariamente grave), la persecución de una finalidad y la vinculación con un aparato estatal.³⁶ Todos estos elementos están presentes en las actuaciones de los EEUU frente a los “enemigos combatientes” en las bases señaladas. Incluso, no sólo están presentes como prácticas que se dieron en los campos de detención, sino además como una política de persecución penal oficial definida por el Estado.

32 El caso se repetiría cientos de años después con el “Judenstern”. En: <http://www.verfassungen.de/de/de33-45/juden41.htm> (Estado: 31 de Enero de 2013).
33 Ver declaraciones en: <http://www.youtube.com/watch?v=T72vgAEX66M> (Estado: 31 de Enero de 2013)
34 Interrogation’s Law, William Ranney Levi. Yale University - Law School. April 17, 2009. Yale Law Journal, Vol. 118, p. 1434, 2009.
35 En: <http://www.guardian.co.uk/uk/2010/nov/05/interrogation-techniques-iraq-inmates>; http://phrtorturepapers.org/?page_id=87 (Estado al 31 de Enero de 2013).
36 Nash, p.594.

Con el gobierno de Obama se hizo una interpretación más restrictiva de los manuales de interrogación utilizados por las agencias de inteligencia de los Estados Unidos. Sin embargo, no se plantearon acusaciones contra los oficiales que las llevaron a cabo. Sí se instituyó, sin embargo, una comisión para dilucidar la verdad de los hechos.

Así que a pesar de las ideas de la Ilustración y los inventos de la modernidad, el ser humano parece repetir sus errores y barbaries más monstruosas. Ya diría Marx, en “el 18 Brumario de Luis Bonaparte”, que Hegel había olvidado mencionar que *la historia se repite, primero como tragedia y después como farsa*.³⁷

Sin embargo, así como se repiten las barbaries, también se repiten los actos de reivindicación de las libertades y esperanzas del ser humano. Al igual que en el apartheid en Suráfrica, el genocidio en Guatemala, o los desaparecidos en Argentina, al declarar ilegales las ejecuciones de brujas, el tribunal de las brujas de Liechtenstein emite una declaración de verdad, absolviendo a las víctimas de las acusaciones hechas. Este es un acto de superación de la verdad (Wahrheitsbewältigung) como el que ha rendido la humanidad a sus víctimas en el siglo XX.

Hemos mencionado los casos de Thomassius y Friedrich Spee como dos personajes que se opusieron fuertemente a la expansión

de la violencia estructural ocasionada por la cacería de brujas.

Cada generación crea sus instituciones de acuerdo a sus ideales. Vuelvo a evocar el epígrafe que cita Minor Salas en su obra, en donde cita a Thurman Arnold: “If courts-or at least persons who deal with courts- did not so firmly believe that Justice was dispensed according to the inexorable dictates of an impersonal logical science, our machinery for the administration of law would not exist as we know it today. Just as individual must cherish dreams and ilusions, so also must his judicial institutions”.³⁸

Así que al final coincido con Midelfort, cuando en su artículo sobre la psicología del Medioevo cita al Fausto de Goethe y dice: “Am Ende, hängen wir doch ab von Kreaturen, die wir machten”. Al final, dependemos de aquellas mismas criaturas que creamos”.³⁹

Bibliografía

Maria Jesús Zamora Calvo. “Kramer, Sprenger y sus seguidores en la Europa católica”. En: Science, magie et religion, un compromis médiéval?. Caucés, Revue d’ études hispaniques. N.6; 2005, p.129.

http://www.uam.es/personal_pdi/filoyletras/mzcalvo/Documentos/Kramer.pdf

Kantorowicz, Hermann U., “Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik”. Berlin (1907).

Facultad de Historia de la Universidad LMU de Munich: www.historicum.net. Estado: 2. Nov. 2012.

Gábor Klaniczay, “The Process of Trance, Heavenly and Diabolic Apparitions in Johannes Nider’s Formicarius”.

Schröder, Rainer. “Rechtsgeschichte”. Alpmann-Schmidt (2006). p. 105

Gerd Schwerhoff: Vom Alltagsverdacht zur Massenverfolgung. Neuere deutsche Forschungen zum frühneuzeitlichen Hexenwesen. En: www.historicum.net

Moir Smith, “The Flying Phallus and the Laughing Inquisitor: Penis Theft in the “Malleus Maleficarum”. En: Journal of Folklore Research, Vol. 39, No. 1 (Jan. - Apr., 2002), pp. 85-117. Indiana University Press.

Hans Peter Broedel. “The malleus maleficarum and the construction of witchcraft”. Manchester University Press, Manchester (2003). p.22.

Institotis, Heinrich; Sprenger, Jakob. El martillo de las bruhas para golpear a las brujas y sus herejías co poderosa maza, Malleus maleficarum. (1484). Valladolid, Ed. Maxtor, 2004.

Tamar Herzig, “The Demons’ Reaction to Sodomy: Witchcraft and Homosexuality in Gianfrancesco Pico della Mirandola’s “Strix” En: The Sixteenth Century Journal, Vol. 34, N° 1 (Spring, 2003), pp. 53-72.

F. Vonholtendorff, “Das Verbrechen des Mondes und die Todesstrafe”, Berlín, 1875, pág. 211.

Rusche, Georg / Kirchheimer, Otto: “Pena y estructura social”. Edit. Temis, 1984 (ed. italiana, Bologna, 1978).

Calvino, Juan. Moisés 2.17; En: <http://www.bibleserver.com/text/EU/2.Mose22>. Estado al 4 de Noviembre de 2012.

Eberhard Walz, “„Die Hexe von Leonberg. Katharina Kepler und ihr Prozeß”. En:http://www.adv-boeblingen.de/zrbb/leonb/leonb/persoent/k_kepler.htm (Estado al 2 de Nov., 2012)

Günter Jerouschek, “Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die Cautio Criminalis im Lichte des gemeinen Strafrechts der frühen Neuzeit”. En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Volumen 108, Núm. 2, p. 243–265.

Braun, Johann. “Einführung in die Rechtsphilosophie”. Mohr Siebeck, 2. ed. (2011). p. 295.

37 “Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal aparecen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y la otra como farsa”. Marx, Karl. “Der Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte”. Die Revolution, Nueva York, EEUU, 1852.

38 “Kritik der Strafprozessualen Denkens” Salas, Minor. Beck, 2005. p.7.

39 Midelfort, Eric. “Madness and the problems of Psychological History in the sixteenth Century”. En: The Sixteenth Century Journal, Vol.12, N° 1 (Spring 1981).p.5-12.

Bernd Marquardt. “El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII”. Revista *Pensamiento Jurídico*, No. 30, enero-abril, Bogotá, 2011, pp. 217-243.

Midelfort, Eric. “Madness and the problems of Psychological History in the sixteenth Century”. En: *The Sixteenth Century Journal*, Vol.12, N° 1 (Spring 1981).p.5-12.

Forum Historiae Iuris:
<http://www.forhistiur.de/>

William Ranney Levi. Interrogation’s Law, Yale University - Law School. April 17, 2009. Yale Law Journal, Vol. 118, p. 1434, 2009.

Salas, Minor. “Kritik der Strafprozessualen Denkens” Beck, 2005. p.7.

DAÑO AMBIENTAL Y PRESCRIPCIÓN

M.Sc. Mario Peña Chacón¹

“El instituto clásico de la prescripción debe ser reinterpretado a la luz de los principios propios del derecho ambiental con el fin de evitar a toda costa que la incertidumbre inherente a la cuestión ambiental y el transcurso del tiempo, se conviertan en aliados del contaminador, haciéndolo inmune de recomponer el ambiente degradado e indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.

El derecho ambiental, como parte de los derechos humanos de la tercera generación, posee un carácter transversal. Esto implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los distintos Estados, llegan a nutrir e impregnar el entero ordenamiento jurídico de cada uno de ellos.

Su escala de valores ha llegado a influir necesariamente en la totalidad de las ramas e institutos de las Ciencias Jurídicas. Los Derechos Reales, el Derecho Agrario, el Derecho Penal, Derecho Urbanístico, Derecho Procesal e incluso el Derecho de la Propiedad Intelectual, no han logrado escapar a tal estela de influencia.

De igual manera, institutos clásicos del Derecho como la propiedad, la posesión, el usufructo, las servidumbres, la responsabilidad civil e incluso, como se analizará en el presente ensayo, el de la prescripción, han sido afectados de tal forma por la axiología ambiental, que hoy en día, nadie pondría en duda la existencia de la función ambiental

de la propiedad, del instituto de la posesión ambiental, de un nuevo tipo de servidumbres denominadas ambientales y por supuesto, la responsabilidad civil ambiental.

No en vano el maestro argentino Ricardo Luis Lorenzetti ha afirmado que:
*“El derecho ambiental es decodificante, herético, mutante, se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. La invitación es amplia abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”*²

El daño ambiental, por sus propias características, requiere de un tratamiento distinto por parte del instituto civil de la responsabilidad y el de la prescripción ya que la incerteza es inherente a la cuestión ambiental. Los daños ocasionados al ambiente, en muchas ocasiones, no son consecuencia de una sola acción, sino que son producto de todo un proceso extendido en el tiempo y en el espacio, sin respetar límites o fronteras políticas ni geográficas.

1 Consultor Legal Ambiental, profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad Tecnológica Centroamérica de Honduras, mariopena@racsa.co.cr.
2 Lorenzetti, Ricardo L., Las normas fundamentales de derecho privado”, p. 483, Rubinzal- Culzoni, 1995.

Estas peculiaridades distintivas tienen especial importancia en el tema prescriptivo, ya que los efectos de la contaminación suelen exteriorizarse muy lentamente, terminando por favorecer a quién o quienes cometen un daño ambiental, ello debido a que paso del tiempo les permitiría insolventarse, ausentarse, o bien desaparecer física o jurídicamente.

De ahí la importancia de reinterpretar el instituto de la prescripción a la luz de los principios propios del incipiente derecho ambiental, con el fin de evitar a toda costa que el transcurso del tiempo se convierta en un aliado del degradador ambiental y con ello, se llegue a consolidar jurídicamente una denegatoria de justicia, situación a todas luces irracional, desproporcionada, y por tanto inconstitucional.

I- Daño Ambiental. Conceptualización y características especiales.

Daño ambiental es toda acción, omisión, comportamiento u acto ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del concepto ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas.³

Si bien el daño ambiental puede ser producido de manera casual, fortuita o accidental, por parte de la misma naturaleza,⁴ el daño jurídicamente regulable es aquel que es generado por una acción u omisión humana que llega a degradar o contaminar de manera significativa y relevante el medio ambiente.⁵

Esa conducta humana, activa u omisiva, puede ser voluntaria o involuntaria, dolosa o culposa, lícita o ilícita. A la vez puede ser realizada por el sujeto actuando por si, o

3 En el derecho comparado, la Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Ambiental en relación con la Prevención y Reparación de los Daños Ambientales entiende por daño el cambio adverso mensurado a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente. La ley General del Ambiente de Argentina define daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. La ley de Bases Ambiental chilena establece en su artículo segundo que legalmente se debe entender por daño ambiental "...toda pérdida, disminución, detrimento, menoscabo significativo inferido al medio ambiente a uno o más de sus componentes". En el derecho colombiana, el concepto daño ecológico comprende aquellos eventos en los que se afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes. La Ley General del Ambiente de Perú define como daño ambiental todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposiciones jurídicas, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

4 Por ejemplo el rayo que quema un bosque, inundación que afecta a una plantación.

5 "No será realista postular que toda alteración de un recurso natural para el hombre constituye ya un daño ecológico. El hombre ha siempre alterado su ambiente, y aquello que nos parece como natural, es en realidad con frecuencia una naturaleza cultivada. El daño ambiental supone un deterioro sustancial o durable del funcionamiento ecológico del recurso natural en cuestión, por ejemplo la pérdida para un ecosistema de servicios ecológicos suministrados por una especie destruida o maltratada o la pérdida de capacidad de regeneración" Briceño, M., El daño ecológico. Presupuestos para su definición, artículo presentado en el V Congreso de Derecho Ambiental Español, marzo de 2004, celebrado en Pamplona.

por encargo de otro, ya sea persona física o jurídica, pública o privada.⁶

El hecho dañoso puede ser individual o colectivo, tanto desde un punto de vista del sujeto o sujetos activos que lo producen, como por parte del o los sujetos pasivos que sufren las consecuencias del mismo. De esta manera, el daño ambiental puede ser generado por un único sujeto, (físico o jurídico) o bien, por una pluralidad de agentes, siendo por lo general de difícil determinación el grado de responsabilidad de cada uno de ellos.

A la vez, el daño ambiental además de afectar el equilibrio propio de los ecosistemas, la biodiversidad, y la salud en general, en muchas ocasiones perjudica los derechos subjetivos e intereses legítimos de una pluralidad de sujetos, los cuales pueden ser de fácil o difícil individualización, dependiendo del tipo y gravedad del daño acontecido, siendo en

la mayoría de los casos la comunidad como un todo la afectada, asistiéndole a todos y cada uno de los sujetos que la conforman, legitimación activa para actuar en su defensa y tutela, al verse vulnerarse un interés de naturaleza difusa.⁷

La conducta dañosa del medio ambiente puede provenir tanto de sujetos particulares o privados, como del Estado y sus instituciones, entendiendo por esta tanto la administración centralizada como la descentralizada⁸. La conducta dañosa del Estado puede ser activa u omisiva; de manera activa cuando por medio de sus funcionarios o servidores, obrando lícita o ilícitamente, en cumplimiento o no de planes debidamente aprobados, causa daño al equilibrio ambiental; y omisiva, cuando, por medio de sus instituciones y funcionarios omite controlar, vigilar, monitorear y sancionar las actividades de los particulares que degradan o contaminan los elementos constitutivos del ambiente.⁹

6 Al respecto el numeral 98 de la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica (ley número 7554 del 04 de octubre de 1995) establece "El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y le son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen."

7 Los intereses difusos no entran en la categoría de los intereses legítimos o en los derechos subjetivos, tampoco encajan en la categoría de intereses colectivos o corporativos. No son ni enteramente públicos, ni enteramente privados, sino que se encuentran compuestos de ambas manifestaciones. Son de todos y de ninguno, pues a todos compete su defensa y tutela, sin que pueda pretenderse su monopolio procesal. Los intereses difusos pertenecen a todos y a cada uno de los miembros de grupo, clase, comunidad, sin que medie la existencia de un vínculo jurídico determinado. Se diferencian de los intereses colectivos en que estos últimos son típicos intereses de grupos organizados, imputables por tanto a colectividades organizadas como un todo, sea mediante asociaciones, organizaciones o grupos organizados, mientras que los intereses difusos no se encuentren unificados en una colectividad organizada, sino que se encuentren diseminados en una generalidad heterogénea e indeterminada de sujetos. Sobre el tema puede consultarse el artículo de este mismo autor denominado: La Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental, publicado en Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, marzo 2003, número 93, Editora Laguna, México y en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Editorial Dos Tribunais, Brasil.

8 De conformidad con el numeral 1 de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (ley número: 6227 del 30 de mayo de 1978) la Administración Pública se encuentra constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.

9 "El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y no hacer; por un lado, debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales" Sentencia número 644-99 de las once horas veinticuatro minutos del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

El daño ambiental puede recaer sobre bienes ambientales de naturaleza pública o privada. Lo anterior no obsta para que al mismo tiempo se vean afectados derechos subjetivos e intereses legítimos como los son la vida o salud de los habitantes y sus respectivos derechos de carácter patrimonial.

La conducta degradante o contaminante del ambiente puede ser tanto lícita como ilícita. La licitud o ilicitud depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico. Se considera lícita, la conducta activa u omisiva, que se encuentra en concordancia con el bloque de legalidad imperante, y por tanto, cuenta con el aval o permiso de las autoridades correspondientes, pero que a pesar de ello, es generadora de daños, aún cuando no se sobrepasan los límites establecido por la normativa administrativa o por la autorización. Por otro lado, se considera ilícita aquella actuación que violenta el ordenamiento, y por tanto, no cuente con los permisos de rigor otorgados por las autoridades administrativas o judiciales, o bien, sobrepase los estándares mínimos de tolerabilidad.¹⁰

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales. Los efectos sobre la salud y el medio ambiente causado por las alteraciones realizadas por el ser humano son generalmente desconocidos y en algunas ocasiones difíciles o imposibles de conocer. Es aquí donde encuentra asidero el principio precautorio propio del derecho ambiental, contenido en múltiples instrumentos internacionales, y por medio del cual se establece como regla que cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente.¹¹

De esta forma, se rompe con una de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, éste debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético¹², pues, tratándose del daño ambiental, es necesario únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos.

10 “De ahí que se vincule cada vez más la definición del daño ecológico a la determinación de umbrales de tolerancia. En cuanto a estos últimos, el autor Reh binder ha dicho: “umbral puede determinarse a lo mínimo por referencia a los estándares de calidad y a las prohibiciones fijadas para la protección de un espacio o de una especie. Estas reglas de derecho administrativo señalan la sustancia incontestable del daño ecológico y pueden considerarse como suficientes en los pequeños casos de rutina, si no se pierde de vista el objetivo de prevención, ellas no deberían impedir más lejos” Briceño, M., El daño ecológico. Presupuestos para su definición, artículo presentado en el V Congreso de Derecho Ambiental Español, marzo de 2004, celebrado en Pamplona.

11 El principio precautorio fue incluido por primera vez en la Ley contra la Contaminación Atmosférica de la República Federal Alemana del año 1974, para luego ser incorporada en instrumentos internacionales como la Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, Protocolo de Montreal sobre sustancias que debilitan la capa de ozono, Declaración Ministerial de Bergen sobre desarrollo sostenible en la Comunidad Europea, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Convenio Marco de Cambio Climático, Tratado de Maastrich y Amsterdam en los que se constituye la Unión Europea, Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre Biodiversidad, la Convención de Estocolmo para la eliminación de contaminantes orgánicos persistentes y el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativas a la Conservación y Ordenación de las poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorias.

12 Al respecto, el numeral 196 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica exige que el daño debe ser efectivo, evaluable e individualizable

Tal y como lo expone el maestro Cafferatta, la agresión medioambiental puede ser desparramada, difusa, cambiante, traslaticia, nómada, itinerante, difícilmente contenible, viajera, mutante, desconcertante, sin límites geográficos, temporales, ni personales, potencialmente expansiva, multiplicadora, en ocasiones con efectos retardatorio, progresivo, acumulativo, sinérgico, invisible, silencioso, mortal o altamente riesgoso, explosivo o tóxico, degradante, capaz de provocar en su camino o desarrollo múltiples daños, supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial o extrapatrimonial en derechos de la salud o en derechos personalísimos y/o coparticipados, insignificantes o pequeños hasta verdaderos desastres o estragos de efectos impredecibles¹³.

El daño ambiental es difuso, no solo por la dificultad que entraña identificar a los agentes que lo causan, sino también, por la determinación de los sujetos que se encuentran legitimados para entablar acciones judiciales o administrativas ante los órganos competentes, así como aquellos a los que puede alcanzar una posible indemnización¹⁴.

Por otro parte, el daño ambiental puede llegar a ser expansivo en el tanto su hecho generador crea efectos de tipo negativo, y en ocasiones estos llegan a convertirse en

nuevas causas generadoras de otro tipo de daños, ocasionándose por tanto, una cadena que a la postre, podría llegar a ser interminable, afectando de esta forma una multiplicidad de recursos.¹⁵ Es así como los elementos que producen molestias pueden ser difusos y lentos, sumarse y acumularse entre sí y son susceptibles de producir efectos a grandes distancias. La concurrencia de varios agentes contaminantes, en muchas ocasiones hace difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales del concepto.

El daño ambiental puede ser también concentrado o diseminado, siendo el primero aquel tipo de daño cuya fuente es fácilmente identificable derivado de un suceso discreto o continuo, mientras que el daño diseminado o difuso, se presenta cuando existe una multiplicidad de fuentes productoras del daño, esparcidas territorialmente, siendo su identificación e individualización de gran dificultad.

Desde un punto de vista temporal el daño ambiental se podría catalogar como de continuado, permanente o bien progresivo.

El daño continuado es aquel que es producto de un proceso dilatado en tiempo, y por lo tanto su desarrollo no es consecuencia de una única acción localizable en el tiempo,

13 Cafferatta, Néstor, Prueba y nexo de causalidad en el Daño Ambiental, en obra colectiva, Volumen 3, “Meio Ambiente e Acesso à Justiça”, Homenagem a Vladimir PASSOS DE FREITAS, 11º Congreso Internacional de Direito Ambiental, 27 de Maio a 1º de Junho de 2007, Sao Paulo, Brasil, Instituto O Direito po um Planeta Verde, Imprensa Oficial do estado de Sao Paulo.

14 Sobre este aspecto, el artículo 50 del Constitución Política de Costa Rica establece un criterio de legitimación sumamente amplio en donde, toda persona se encuentra legitimada para denunciar los actos que infrinjan derecho a gozar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como para reclamar la reparación del daño causado.

15 González, Rafael, “Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental” en Temas de Derecho Ambiental, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, Costa Rica.

sino que es obra de un conjunto o sucesión de actos, de un mismo o varios autores, en épocas diversas. Si los efectos del daño ambiental continúan en el tiempo, estaríamos en presencia de un daño permanente. Por su parte, daño progresivo es aquel que es producto de una serie de actos sucesivos, cuya conjugación provoca un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente generados por cada acto lesivo; es lo que los científicos denominan procesos de saturación.

Todas estas características especiales que distinguen al daño ambiental de los daños tradicionales deben llevarnos ineludiblemente a interpretar y amoldar el instituto clásico de la prescripción a esta clase nueva de situaciones no previstas por el legislador y por ello, es válido plantearse la tesis de la imprescriptibilidad de cierto tipo de acciones ambientales, y en otros casos la demora del plazo de iniciación de las mismas, en virtud a que la duda y la incerteza siempre serán inherentes a la cuestión ambiental y por tanto, el Derecho debe ofrecer una especial protección a esta clase de pretensiones.

II- Prescripción y Daño Ambiental

La prescripción en una institución de orden jurídico creada para dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipar incertidumbres del pasado y poner fin a la indecisión de los derechos cuyo elemento condicionante es la inercia o inactividad en el ejercicio de los

mismos a través del tiempo, transcurso que puede suspenderse o interrumpirse por las causales establecidas por la ley.¹⁶ La prescripción es una de la formas de extinción de las obligaciones junto con otros institutos jurídicos como el pago, compensación, renuncia, transacción, confusión, novación, etc.

Con la prescripción negativa se pierde un derecho, para ello basta el transcurso del tiempo. La acción para hacer efectivo un derecho se extingue por la prescripción del mismo derecho.¹⁷

En general, el ordenamiento jurídico costarricense parte del principio general de prescriptibilidad de los derechos, principio contenido en el Código Civil y derivado del carácter de orden público de un instituto que tiende a la seguridad y la estabilidad jurídica. Este principio general está claramente enunciado en el artículo 868 del Código Civil: **“Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes y las demás establecidas expresamente por la ley, cuando determinados casos exigen para la prescripción más o menos tiempo”**.

A pesar de lo anterior, tal y como lo ha desarrollado la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, existen cierto tipo de derechos y acciones que por sus características propias son imprescriptibles, tales como aquellas acciones planteadas en defensa y tutela de derechos constitucionales de

incidencia colectiva¹⁸ (intereses difusos y los intereses estrictamente colectivos), así como las tendientes a la persecución penal de los delitos de lesa humanidad, ya que en ambos casos se trata de la tutela de derechos de rango constitucional, que por su carácter colectivo y no patrimonial, son irrenunciables e indisponibles y por tanto imprescriptibles.

En razón de lo expuesto, partimos de la tesis de que las acciones administrativas y judiciales instauradas, tanto por los particulares como por la misma Administración Pública, tendientes a prevenir, cesar y reparar el daño estrictamente ambiental, también denominado daño ambiental puro o de naturaleza colectiva, son imprescriptibles.

Se debe entender por daño estrictamente ambiental aquel tipo especial de daño que rompe con los principios de autoregulación y autopropagación de los ecosistemas, y por tanto, con su equilibrio natural, y que recae sobre bienes ambientales de naturaleza común o colectiva que forman parte del patrimonio natural del Estado, o bien sobre

aquellos bienes ecológicos que han sido declarados al menos, como de interés público por el ordenamiento jurídico.¹⁹

Por su parte, es importante tener en cuenta que contrario a lo anterior, las acciones tendientes a reclamar los daños y perjuicios ocasionados sobre derechos subjetivos y/o intereses legítimos ocasionados como consecuencia de la contaminación ambiental, y que recaen sobre bienes ambientales susceptibles de apropiación privada (incluyendo los daños sobre la salud) si son prescriptibles, ello a raíz de la patrimonialidad y disponibilidad por parte de sus titulares.²⁰

II.1. Imprescriptibilidad de las acciones para prevenir y reparar el daño estrictamente ambiental.

La tesis de la imprescriptibilidad de las acciones tendientes a la prevención, cesación y reparación del daño ambiental acaecido sobre bienes pertenecientes al patrimonio natural del Estado²¹, o bien declarados de

16 Artículos 865 y siguientes del Código Civil de Costa Rica (ley número XXX del 19 de abril de 1885), artículos 968 siguientes y concordantes del Código de Comercio de Costa Rica (ley número: 3284 del 24 de abril de 1964) y artículo 198 siguientes y concordantes de la Ley General de Administración Pública.

17 Artículos 865 y 866 del Código Civil de Costa Rica.

18 La misma jurisprudencia constitucional costarricense ha reconocido como derechos de incidencia colectiva: salud, medio ambiente, protección de los consumidores, derecho de la competencia, igualdad étnica, derechos de las mujeres y los menores de edad, derecho a la identidad cultural, derecho electoral, materia presupuestaria, defensa del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural, planificación urbana, defensa de los bienes de dominio e interés público.

19 “Toda actividad humana individual o colectiva que ataca elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tiene por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. El daño así ocasionado es llamado por algunos autores “daño ecológico”, pero en realidad es más apropiado llamarlo “daño ambiental” por ser más abarcativo y comprensivo del ecológico, reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biosfera” Bustamante Alsina, Jorge, Responsabilidad civil por daño ambiental, L.L, 1994-C-1056.

20 “En el primer supuesto, el daño al medio ambiente se integraría a la categoría en lo comúnmente denominado daños personales, patrimoniales o económicos, a saber los daños a la salud y a la integridad de las personas (por ej. asma provocada por la contaminación atmosférica), los daños a sus bienes (por ej. el medio ambiente propiedad de un individuo) y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ej. la pesca), todos ellos sometidos al ámbito del Derecho privado, donde a priori parece tener perfecta cabida el mecanismo clásico de la responsabilidad civil”, Cafferatta, Néstor , Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo” Ley 25675, Revista de Responsabilidad civil y Seguros, Año V, Nº II, marzo - abril 2003.

21 El artículo 13 de la Ley Forestal costarricense número 7575 del 05 de febrero de 1996 dispone que el patrimonio natural del Estado está constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias del Sistema Bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio.

interés público por parte del ordenamiento jurídico, puede ser sustentada en tres distintos argumentos jurídicos, por una parte, el carácter de derecho humano fundamental que posee la protección ambiental a nivel constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, por otra, la naturaleza pública de los bienes ambientales de naturaleza colectiva, y por último, a las similitudes que guarda el daño ambiental de naturaleza colectiva con los delitos de lesa humanidad.

En cuanto al primer argumento o tesis de imprescriptibilidad, debemos recordar que dentro de los Derechos Humanos de tercera generación se encuentran inmersos entre otros, el derecho a la protección del ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, libre determinación de los pueblos, patrimonio común de la humanidad, derecho a la comunicación, y por último, el megaderecho humano al desarrollo sostenible conformado tanto por el derecho al ambiente como por el derecho al desarrollo. Específicamente, el derecho a la protección del ambiente contiene una serie de principios que inundan la totalidad del sistema jurídico, de ahí que se hable de su transversalidad. Tiene por objeto la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico. Vela por la conservación de los recursos naturales, el paisaje y los bienes culturales.

El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho subjetivo concebido para todos y cada uno de los sujetos, oponible a cualquiera (Estado y/o particular) y con posibilidad de ser ejercitado a nombre de cualquiera por formar parte de los denominados “intereses difusos”.²²

El derecho fundamental a la protección del ambiente tiene su aparición a nivel internacional en el año 1972 a raíz de la promulgación de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano. Se ve desarrollado por la Carta de la Tierra del año 1982, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992 y por la Declaración de Johannesburgo del año 2002. A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador regula expresamente el derecho al ambiente en su artículo 11, donde expresa:

*“Todo individuo tiene el derecho a vivir en un ambiente sano y a tener acceso a los servicios básicos públicos. Los Estados parte deben promover la protección, preservación y el mejoramiento del ambiente.”*²³

Mediante la reforma operada a la Constitución Política de Costa Rica en el

año 1994, se incorporó el derecho humano de todo ciudadano a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la vez, se estableció expresamente tanto el deber Estatal de garantizar, defender y preservar ese derecho, como la facultad que ostenta cualquier sujeto para denunciar los actos que lleguen a infringirlo, así como para reclamar la reparación del daño ambiental acaecido.

Al respecto, por medio de la sentencia 4423-93 de las doce horas del 7 de setiembre de 1993 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica determinó:

“Del desarrollo efectuado por esta Sala en sus diferentes resoluciones, se desprende entonces que en aras de garantizar el derecho a la salud y a la vida, se hace indispensable tutelar la protección al ambiente, cuya utilización debe encaminarse de forma adecuada e integrada con sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden público, dictándose en esa medida reglas generales tendientes a crear una situación ambiental que facilite lo más posible el ejercicio de las libertades, y el goce de los derechos fundamentales, para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y venideras. Se debe deducir entonces que la preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental, y es obligación del Estado el proveer esa protección, ya sea a través de políticas generales para procurar ese fin o bien, a través de actos concretos por parte de la Administración.”

La jurisprudencia constitucional costarricense ha desarrollado el criterio de la imprescriptibilidad de las obligaciones que pesan sobre todos y cada uno de los sujetos físicos y jurídicos, públicos y privados de no

violar, lastimar, impedir o interferir el ejercicio de los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentran los derechos a un medio ambiente sano, a la vida y a la salud, lo anterior por tratarse de obligaciones de orden público y de rango constitucional. De esta forma, la obligación de los particulares y del Estado de garantizar, defender, preservar y abstenerse de contaminar el medio ambiente es imperecedera y constante, y a la vez, el co-respectivo derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es esencialmente inextinguible. Por tanto, siendo el derecho al ambiente un derecho humano fundamental que obliga, tanto a particulares como al Estado, a prevenir, cesar y a reclamar la reparación de los daños ambientales, posee como característica inherente ser indisponible a raíz de su carácter no patrimonial, y por tanto, ser un derecho irrenunciable e imprescriptible. Lo anterior puede deducirse del Voto Constitucional número N° 6898-97 de las 18:06 horas del 22 de octubre de 1997 emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que al tratar el tema de la caducidad para instaurar acciones de amparo en materia ambiental dispuso:

“...el derecho a la salud deriva directamente del derecho a la vida (Artículo 21 de la Constitución Política) y ni si quiera su propio titular puede renunciarlo, mientras que el de vivir en un ambiente equilibrado (ordinal 50 de la Constitución) es un derecho social, por su naturaleza irrenunciable conforme al artículo 74 ibídem. Por el contrario, la caducidad a que se refiere la citada norma de la ley de esta jurisdicción es aplicable solamente a aquellos derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación puede ser válidamente consentida. De esta suerte, sería necesario tomar en cuenta también que la lesión argüida

²² Zeledón Zeledón, Ricardo, Código Ambiental, Editorial Porvenir, Primera Edición, San José, 1998.

²³ “En el marco de protección del Protocolo de San Salvador, se entiende que el medio ambiente sano es un derecho colectivo y, por tanto, parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, tomando en cuenta la indivisibilidad de los derechos humanos, es evidente que la protección del medio ambiente, por su amplitud y ámbito de abstracción, trasciende los límites de la subjetividad clásica para ser un derecho individual, pasando por afectación de grupos colectivos nacionales o colectivos en situación especial como pueblos indígenas, hasta dimensionarse hacia toda la humanidad e, incluso, futuras generaciones. La especificidad del derecho al medio ambiente sano es de tal magnitud, que no puede existir “sentido de apropiación” por una sola persona. Por ello, en ocasiones se le ubica como un interés difuso, pero es inevitable que también pueda tener características de derecho claramente subjetivo, dependiendo del caso en que nos encontremos.” Rodríguez Rescia, Víctor, El derecho al medio ambiente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: En busca de la implementación de una estrategia de litigio regional, accesible a través de la red Internet en la siguiente dirección: www.elaw.org/resources/

(afectación de la salud física y mental de los vecinos por motivo de la operación de la referida terminal de autobuses) sería de efecto continuado, en la medida que se repite día con día, de donde tampoco cabría el alegato de la preclusión del derecho”

De esta forma, existe un deber constitucional de garantizar, prevenir y restaurar el medio ambiente degradado, el cual por su naturaleza de derecho social es irrenunciable e indisponible, lo que obliga tanto al Estado como a los particulares a ejercer acciones judiciales y/o administrativas tendientes a su prevención, cesación y recomposición, deber que a todas luces jamás podría ser consentido válidamente por sus víctimas, ni

estar sujeto a plazos de prescripción, pues siempre y en todo momento éstos tienen la facultad de accionar en su defensa, lo que nos lleva necesariamente a deducir necesariamente la imprescriptibilidad de dichas acciones.

Por último, vale recordar que la obligación estatal en prevenir, proteger y reparar los daños acontecidos en contra medio ambiente como bien de naturaleza común o colectiva, deviene no solo de la Constitución Política, sino que también de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica, así como de la normativa de rango inferior²⁴, razón que viene a reforzar esta primera tesis aquí desarrollada.

24 Tratados internacionales y Declaraciones Ambientales suscritas por Costa Rica, entre las que se encuentran: Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo del 2002, vienen a reafirmar ese poder – deber del Estado de proteger el medio ambiente previniendo acciones que lleguen a degradarlo. De igual forma, subsiste la obligación estatal de sancionar a los sujetos infractores de la normativa ambiental, y de aplicar los principios propios del derecho ambiental internacional. Al efecto, además del artículo 50 constitucional, el numeral 41 de la carta magna establece “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Además, el párrafo segundo del numeral 28 constitucional enuncia “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”, lo cual viene a marcar el terreno en cuanto a la protección y reparación del ambiente, pues interpretando a contrario sensu, el deber del Estado en intervenir en la protección y restauración del ambiente se encuentra supeditado a que las conductas que se les achaque a particulares dañen la moral, el orden público o causen daño a terceros. Es importante recalcar que la Constitución Política reconoce una serie de derechos y facultades a los particulares que en teoría podrían encontrar roces con el derecho a un ambiente sano. Al respecto, y de conformidad con el principio de lesión, el ejercicio legítimo de un derecho tiene como límites los derechos de los demás y el ejercicio racional del mismo. Por ello, el numeral 22 del Código Civil de Costa Rica establece la teoría del abuso del derecho, por medio del cual la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial de éste, por lo que todo acto o omisión que sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a un tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. De igual forma, y en desarrollo del deber de reparación, el mismo Código Civil de Costa Rica en su numeral 1045 recoge el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Dicho principio llevado al derecho ambiental se encuentra contenido dentro del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente que al efecto reza “Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión”. En concordancia con lo anteriormente expuesto, los artículos 45, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas, “El estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia *(continúa en la siguiente página)*

Como segundo argumento a favor de la tesis aquí expuesto respecto a la imprescriptibilidad de las acciones judiciales y/o administrativas que busquen la prevención, cesación y recomposición del medio ambiente degradado, lo es la naturaleza pública de los bienes ambientales colectivos.

En el caso costarricense, las aguas territoriales, las costas, el espacio aéreo, la plataforma continental, el zócalo insular, los recursos y riquezas naturales del agua del suelo y del subsuelo, las bellezas naturales, la fauna y los recursos genéticos y bioquímicos, así como la biodiversidad, el patrimonio histórico y artístico de la Nación, las fuerzas que puedan obtenerse de las

aguas de dominio público, los yacimientos de carbón, las fuentes o yacimientos de petróleo, sustancias hidrocarburadas, depósitos de minerales radioactivos, y el espacio electromagnético, son bienes de dominio público²⁵. Por su parte, la flora, los recursos forestales y humedales han sido declarados de interés público por la legislación ambiental vigente²⁶.

Los bienes de dominio público gozan de especial protección, de manera que no son susceptibles de apropiación por particulares y ni siquiera por la Administración Pública. Su protección y administración corresponde al Estado en nombre de la Nación, lo cual lo realiza generalmente por medio del Ministerio

de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad”; “La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y Energía y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados”. La reparación ambiental debe ser en la medida de lo posible “in natura” o bien “in pristinum”, al respecto el numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica”. Tratándose de bosques, la Ley de Aguas en su numeral 151 obliga al infractor a reponer los árboles destruidos en terrenos situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación, aquellos que puedan ser explotados sin necesidad cortarlos, así como los situados en terrenos atravesados por ríos, arroyos, o en bosques donde existan manantiales. En materia de humedales, el artículo 103 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con multa de cien mil colones convertible en pena de prisión de uno a dos años, quien drene lagos, lagunas no artificiales y demás humedales, sin la previa autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de drenaje, para lo cual se faculta a la Dirección precitada, a fin de efectuar los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor”. A la vez, en materia minera el Código de Minería en su artículo 24 establece la obligación del titular del permiso de exploración de “cegar las excavaciones que hiciere y en todo caso, a pagar los daños y perjuicios que causare, a criterio de la Dirección o a juicio de peritos”. Por último, tratándose de degradación de suelos el numeral 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos establece “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados”

25 Al respecto puede consultarse el voto 10466-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

26 Así lo establece el Artículo 1 de la Ley Forestal de Costa Rica (ley número 7575 del 05 de febrero de 1996), el numeral 3 de la Ley de Conservación de la vida silvestre (ley número 7317 del 21 de octubre de 1992) y el artículo 41 de la Ley Orgánica del Ambiente (ley número 7554 del 04 de octubre de 1995).

de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones como órgano rector en materia ambiental, correspondiéndole el disponer y resolver sobre su dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia.

Los bienes ambientales de dominio público, pueden ser objeto de explotación racional por parte del Estado o por los particulares de acuerdo con lo que disponga a ley, o mediante las figuras de la concesión y permisos de uso, otorgadas por tiempo determinado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. Este tipo de bienes gozan además, de las prerrogativas de ser inembargables, imprescriptibles e inalienables, y su explotación se puede dar, siempre y cuando se garantice a todos los habitantes, el derecho a una calidad de vida dentro de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado²⁷.

Por su parte, la declaración de interés público que ostentan bienes ambientales tales como la flora, recurso forestal y los humedales, tiene como implicación que el Estado costarricense se encuentra facultado de imponer limitaciones a su uso, disfrute y explotación por parte de los particulares, con el fin de proteger los intereses de la colectividad.

La imprescriptibilidad de los bienes de dominio público debe verse desde una doble perspectiva. Por una parte, se trata de bienes que no son susceptibles de ser adquiridos por los particulares a raíz del transcurso del tiempo mediante la figura de la prescripción positiva o adquisitiva, de esta forma, ningún

particular puede alegar que el transcurrir del tiempo lo faculta a inscribir a su favor bienes que forman parte del dominio público.

Por otro lado, la imprescriptibilidad también debe implicar que ni el Estado ni los particulares que actúan en defensa de un interés de incidencia colectiva, pierden a raíz del paso del tiempo, la obligación constitucional de reclamar, mediante acciones judiciales y/o administrativas, la defensa y tutela de aquellos bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, o que se le han encomendado su administración o protección especial mediante la figura del interés público ambiental.

Esta tesis parece estar reforzada por lo dispuesto en el numeral 14 de la Ley Forestal costarricense:²⁸
“Los terrenos forestales y bosques que constituyen el patrimonio natural del Estado, detallados en el artículo anterior, serán inembargables e inalienables; su posesión por los particulares no causará derecho alguno a su favor y la acción reivindicatoria del Estado por estos terrenos es imprescriptible. En consecuencia, no pueden inscribirse en el Registro Público mediante información posesoria y tanto la invasión como la ocupación de ellos será sancionada conforme a lo dispuesto en esta ley”.

Un tercer aspecto a tomar en cuenta, y que vendría a reforzar la tesis sostenida respecto a la imprescriptibilidad de las acciones tendientes a reclamar el daño ambiental puro o de incidencia colectiva, lo es la equiparación teórica que cierto sector

de la doctrina ha realizado entre los daños ambientales de gran escala y magnitud, con respecto a los delitos de lesa humanidad contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos²⁹. De esta forma, algunos interpretan que por tratarse de un derecho humano el derecho a vivir en un ambiente sano, el hecho de contaminar el entorno que nos rodea con consecuencias negativas sobre la salud, la vida y el equilibrio ecológico conllevaría a una situación análoga a la tutelada por los delitos de lesa humanidad, y por tanto, las acciones tendientes a prevenir, cesar y recomponerlo serían imprescriptibles, tal y como lo son las acciones tendientes a perseguir este tipo especial de delitos³⁰.

Esta tercera tesis parece encontrar asidero en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica que dispone como un principio general, que el daño ambiental constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la vida de las

comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras.

La constitucionalidad de la imprescriptibilidad de la persecución penal de los delitos de lesa humanidad ha sido objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual en la sentencia N° 0230-96 de las nueve horas treinta y nueve minutos del doce de enero de mil novecientos noventa y seis, dispuso:
“...se está legislando sobre un delito considerado de “lesa humanidad”, es decir, que no solamente afecta intereses individuales, sino los intereses de la humanidad entera, como especie. Se trata de delitos de la más perversa planificación y ejecución, en donde generalmente el aparato del Estado, o algún sector de éste, poderoso, directa o indirectamente se involucra en la desaparición de personas, con todas las posibilidades de la impunidad. Y, por eso mismo, la persecución de este tipo de delitos trasciende al interés de un Estado o país en particular, de manera que todas esas circunstancias ameritan que reciba

27 Al respecto puede consultarse el voto número 2000-10466 emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

28 Ley número 7575 del 05 de febrero de 1996.

29 En especial la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 y entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, la cual en su artículo primero inciso b) dispone: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

30 “Dado que el derecho a vivir en un ambiente sano, es un derecho humano, al contaminar el ambiente estaríamos ante un delito de lesa humanidad, por las enfermedades y las muertes que acarrea la contaminación, y por lo tanto imprescriptibles. Por ello, la acción de cese del daño como derivación del derecho constitucional de disfrutar de un ambiente sano y equilibrado y de la obligación de preservar la salud y la vida de los seres humanos es imprescriptible, al igual para nosotros, las acciones que se deriven de ellos” Capelluto, Marcelo y Lacovelli, Maria Victoria, Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, accesible en la siguientes dirección electrónica: <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=1203>

ese tratamiento especial (Artículo VII). Es la calidad de los autores, la utilización de los medios, y la gravedad del delito en sí mismo que, como lo demuestran experiencias recientes del entorno Latinoamericano, van más allá del daño a las personas, que lo causan de forma inimaginable, hasta convertirse en tragedia para la sociedad entera de los países. Otro tanto cabe decir de la imprescriptibilidad de la pena, pues de qué valdría una sentencia condenatoria, si los sentenciados cuenta con una red de protección que les permitiría evadir su cumplimiento? De allí que la mayoría de la Sala, con el voto salvado de los Magistrados Piza, Castro y Arias, estime que la nota de imprescriptibilidad no es irrazonable como respuesta del ordenamiento a esta clase de delito.”

Así la cosas, de la lectura del anterior voto se puede interpretar y deducir, que el ordenamiento jurídico costarricense considera razonable y proporcionado, y por tanto constitucional, la existencia de situaciones jurídicas imprescriptibles como lo serían la persecución penal de los delitos de lesa humanidad, así como aquellas acciones judiciales y administrativas que pretendan la prevención, cesación y reparación de daños ambientales sobre bienes de naturaleza común o colectiva basadas en el deber constitucional de la tutela del ambiente.

II.2. Prescripción del daño ambiental de naturaleza individual o particular.

Todas aquellas acciones tendientes a reclamar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la contaminación ambiental que recaen indirectamente sobre bienes ambientales susceptibles de apropiación privada, incluyendo los daños

sobre la salud, por su naturaleza patrimonial son disponibles por parte de sus titulares y por tanto, sujetas a plazos de prescripción.

Cabe destacar que los daños ocasionados al ambiente en muchos casos, no son consecuencia de una sola acción, sino que son producto de todo un proceso extendido en el tiempo. Esta peculiaridad distintiva tiene importancia en el tema prescriptivo, ya que suelen exteriorizarse muy lentamente, terminando por favorecer a quién comete un daño ambiental, ya que el paso del tiempo le permitiría eventualmente insolventarse, ausentarse, y aún desaparecer física o jurídicamente.

Por lo anterior, el instituto de la prescripción de los daños provocados por la contaminación sobre bienes ambientales susceptibles de apropiación, renuncia y disposición por parte de sus titulares, debe ser amoldado a este tipo especial de daños, evitando a toda costa que el transcurso del tiempo convierta al contaminador en un sujeto inmune de pagar por los daños ocasionados por sus conductas.

II.2.1. Plazos de prescripción

Una vez aclarado el hecho de que los daños ambientales que afectan derechos subjetivos individuales son prescriptibles, es importante determinar los plazos de prescripción previstos por el ordenamiento jurídico costarricense.

Tratándose del derecho a reclamar indemnizaciones de daños y perjuicios ocasionados por la Administración Pública a raíz de sus actuaciones y omisiones lícitas o lícitas, normales o anormales, el plazo de prescripción establecido por el numeral 198

de la Ley General de Administración Pública es de cuatro años:

Artículo 198 “El derecho de reclamar la indemnización a la Administración prescribirá en cuatro años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad. El derecho a reclamar la indemnización contra los servidores públicos prescribirá en cuatro años después de que se tenga conocimiento del hecho dañoso”

Mientras tanto, todas aquellas acciones de reclamos patrimoniales a sujetos de derecho privado estarían sujetas al plazo de la prescripción ordinaria establecido por el numeral 868 del Código Civil de diez años.

Artículo 868: “Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes y las demás establecidas expresamente por la ley, cuando determinados casos exigen para la prescripción más o menos tiempo”.

II.2.2. Inicio del cómputo del plazo de prescripción

En un primer orden de ideas, es importante tener en cuenta que el plazo de prescripción únicamente empieza a correr para aquellos derechos y acciones que son prescriptibles, de tal manera que el curso de la prescripción nunca llega a iniciarse para aquellas acciones judiciales y/o administrativas tendientes a la prevención, cesación y recomposición de los daños sufridos por los bienes ambientales de dominio público o bien declarados de interés público, en cuyo caso, por tratarse de intereses de incidencia colectiva de naturaleza constitucional, son imprescriptibles.

En principio, para las acciones de daños y perjuicios, la prescripción comienza a correr

desde la fecha en que se produce el daño, que en la mayoría de los casos es la misma fecha del hecho ilícito. Así lo disponen tanto el artículo 874 del Código Civil, como el párrafo primero del numeral 198 de la Ley General de Administración Pública:

Artículo 874 Código Civil: “El término de la prescripción de acciones comenzará a correr desde el día en que la obligación sea exigible”

Artículo 198 Ley General de Administración Pública: “El derecho de reclamar la indemnización a la Administración prescribirá en cuatro años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad.

A pesar de lo anterior, la anterior regla no es absoluta. Para ciertas acciones judiciales, jurisprudencialmente se ha dispuesto una cosa distinta, tal y como acontece con la acción de fraude o de simulación, o bien en materia de incumplimiento contractual por vicios ocultos o redhibitorios, en donde el plazo del cómputo de la prescripción empieza a correr desde el momento que el afectado tiene conocimiento del carácter fraudulento o simulado del acto, o bien, desde que el vicio oculto es de conocimiento del perjudicado.

Es así como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por medio de la sentencia 77 del 12 de julio de 1995, respecto a la prescripción de vicios ocultos dispuso lo siguiente:

“Se reclama la responsabilidad por el incumplimiento contractual, al no entregarse la casa adquirida con las especificaciones implícitas en el contrato. Los daños y perjuicios se produjeron, según la causa alegada por el [coactor] y la [coactora], como consecuencia del terremoto del 22 de diciembre de 1990. Antes, no se conocían los vicios ocultos de la edificación, ni tampoco habían sufrido

lesión alguna en sus intereses. Por ello, los accionantes no podían ejercer alguna acción. El Tribunal Superior incurrió en quebranto del artículo 874 del Código Civil, al estimar que el término de la prescripción comenzaba a contarse desde la fecha en la cual se firmó la escritura de compraventa. Aquí, al igual que en dicha ocasión, se trata de situaciones desconocidas por los actores, quienes ignoraban los supuestos vicios por los cuales reclaman. Estos -en lo concerniente al presente caso- según se alega, se manifestaron con el sismo del 22 de diciembre de 1990, cuando se dieron los daños que debieron reparar. Ergo, antes no podía correr plazo alguno de prescripción o caducidad. La presente acción versa sobre la responsabilidad contractual por incumplimiento del vendedor, cuyo plazo de prescripción es de diez años. Al momento de notificarse la presente acción, no había transcurrido ni siquiera un año desde el terremoto del 22 de diciembre de 1990.

En consecuencia, cabe acoger el recurso interpuesto y anular, en cuanto a este extremo, la sentencia del Tribunal.”

La misma Sala en una situación análoga, por medio de la Sentencia N° 29, de las 14:30 horas del 14 de mayo de 1993, resolviendo un asunto donde se discutía la responsabilidad de la Administración Público por las lesiones sufridas por una paciente, a quien se le había dejado en su cuerpo una aguja en una intervención médica, manifestó:
“Del sílabo de hechos probados fijado por los tribunales de instancia, resulta, en primer lugar, la intervención quirúrgica practicada el 15 de diciembre de 1979; sucesivamente, se

dan una serie de padecimientos por parte de la señora [...] y, finalmente, en 1985, a raíz de abscesos perianales, ocurre el hallazgo de la aguja olvidada, causante de los padecimientos sufridos por la actora. Hasta ese momento, los efectos dañinos del descuido en la atención del parto de 1979 estaban manifestándose, cuando, sorpresivamente, se descubrió la causa de los males sufridos por ella [...]. Es entonces cuando se integran los extremos de la responsabilidad civil, al producirse el hallazgo, sin el cual aquélla no se configuraba. Antes de ello, la causa del mal era ignorada por la actora y por los médicos de la misma institución demandada; entretanto, continuaba produciéndola el daño en su integridad física y emocional. Por ende, es desde esa fecha cuando comienza a correr el plazo de prescripción...”

De esta forma, para aquellos daños que si bien, nacen en un momento determinado, pero sus efectos aparecen después o son perceptibles y apreciados con posterioridad a la acción u omisión que los ocasionó, el plazo de prescripción inicia a partir del conocimiento objetivo que posea la víctima o víctimas del daño sufrido, salvo que dicho desconocimiento provenga de su propia omisión al deber de cuidado (due diligence). Es así como en estos casos la prescripción empieza a correr desde el momento que el daño es cierto y susceptible de apreciación.

La razón de que en algunos supuestos la prescripción arranque desde la fecha del conocimiento, siempre que sea inimputable, es porque el tiempo transcurrido entre la fecha del título y el conocimiento no fue un tiempo útil para accionar³¹. Lo que se trata

31 López Herrera, Edgardo, La Prescripción de la Acción de Daños, en Tratado de la prescripción liberatoria, LexisNexis, Buenos Aires.

de evitar a toda costa es que la acción de daños y perjuicios nazca prescrita, y con ello se consolide jurídicamente una denegatoria de justicia, situación a todas luces inconstitucional.³²

Este criterio subjetivo de inicio de cómputo de la prescripción, supeditado al conocimiento objetivo que tenga la víctima del daño sufrido, fue el adoptado por la Ley General de Administración Pública en el artículo 198 párrafo segundo, respecto a la prescripción de las acciones para reclamar daños y perjuicios contra los servidores públicos:
Artículo 198 “El derecho a reclamar la indemnización contra los servidores públicos prescribirá en cuatro años después de que se tenga conocimiento del hecho dañoso”

Cabe destacar que los ordenamientos jurídicos más modernos en materia de daños como lo es el sistema alemán, siguen un sistema subjetivo para el inicio del cómputo del plazo de la prescripción en materia de daños.³³

Otra situación digna de analizar lo es el inicio del cómputo de la prescripción del daño continuado, entendiendo por éste aquel que es producto de un proceso dilatado en tiempo, y por lo tanto su desarrollo no es consecuencia de una única acción, sino de un conjunto o sucesión de actos y/o omisiones, de un mismo o varios autores, en épocas diversas.

Para esta situación especial, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en afirmar que la prescripción se interrumpe

continuamente mientras perdura el ilícito. El voto número N° 6898-97 de las 18:06 horas del 22 de octubre de 1997 emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dispuso:
“De esta suerte, sería necesario tomar en cuenta también que la lesión argüida (afectación de la salud física y mental de los vecinos por motivo de la operación de la referida terminal de autobuses) sería de efecto continuado, en la medida que se repite día con día, de donde tampoco cabría el alegato de la preclusión del derecho”

Por su parte de forma análoga, la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal de Casación Penal como de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sido extensa a la hora de reiterar la condición de “efectos permanentes” en todos aquellos delitos que implican invasión, usurpación, depósito de cosas o desechos en áreas protegidas, etc. En estos casos, los juzgadores han equiparado esta clase de delitos y han sostenido que son similares porque son instantáneos en cuanto a la iniciación de la consumación, pero son de efectos permanentes en cuanto a la duración de la actividad consumativa. Todos los fallos coinciden en aceptar que en todos estos delitos comienza a contarse la prescripción a partir del momento en que cesa la actividad o la obra invasora. De esta forma, no se verifica la prescripción mientras la obra o el invasor permanezcan en la propiedad privada, la estatal, la zona marítima terrestre o en el área de protección.

A manera de ejemplo, el voto del Tribunal de Casación Penal N° 193-2002 de las

32 “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes” Artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica.

33 Al efecto puede consultarse la reforma al BGB alemán del año 2002.

9:00 horas del 8 de marzo de 2002 habla, específicamente, de que el delito de invasión de área de protección es similar al de usurpación por ser ambos de efectos permanentes, por lo que la prescripción comienza a correr a partir del momento en que cese la invasión. Por su parte, el fallo del Tribunal de Casación Penal N° 507-2002 de las 9:30 horas del 11 de julio de 2002 asimila en cuanto a sus efectos el delito de construcción o desarrollo en zona marítimo terrestre al de usurpación, pues mientras tenga edificaciones en el inmueble, por ser de efectos permanentes, la prescripción de la acción penal no corre y proceden las consecuencias jurídicas como la orden de demolición.

Una vez expuesto tanto el sistema objetivo como el subjetivo de cómputo del plazo de la prescripción en general, así como la situación especial respecto a los daños de tipo continuados, cabe analizar a partir de cuándo inicia la prescripción del daño ambiental, tomando en cuenta sus particularidades propias y distintivas respecto al daño puro y simple.

II.2.3. Inicio del cómputo para daños ambientales permanentes de efectos instantáneos.

Para todos aquellos daños ambientales cuyos efectos negativos son perceptibles y apreciables concomitantemente a la fecha de ocurrencia de la acción u omisión contaminadora o degradadora del medio ambiente, el plazo de la prescripción empieza a correr desde el mismo momento en que aconteció el hecho dañoso o desde su primera manifestación.

De esta forma, para este tipo de daños ambientales, el inicio del cómputo de la

prescripción lo es a partir del mismo momento que nace la acción, *a dia natæ actioni*, pues la obligación de reparación e indemnización se considera exigible a partir de la primera manifestación del daño.

Se puede afirmar entonces que para aquellos daños ambientales que acontecen en un único momento y cuyos efectos empiezan a ser perceptibles por parte de los afectados desde ese mismo momento, la prescripción empieza a correr a partir de la acción u omisión causante del daño acaecido.

II.2.4. Inicio del cómputo para daños ambientales sobrevinientes

Por su parte, el reclamo de aquellos daños ambientales cuyos efectos negativos no son perceptibles o apreciables concomitantemente a partir del mismo momento en que aconteció la acción, sino que sus consecuencias negativas aparecen y son perceptibles con posterioridad al hecho dañoso, sigue un criterio subjetivo en cuanto al cómputo del plazo de la prescripción.

Por sus particularidades propias, el comienzo del cómputo de la prescripción de este tipo o clase de daño ambiental debe demorarse, a raíz de la incerteza o imposibilidad material por parte de la víctima del daño, de conocer fehacientemente la fecha exacta de ocurrencia del hecho generador del daño, y por ende de la responsabilidad derivada de la conducta dañosa.

Por ello, el plazo de prescripción para instaurar acciones tendientes a la indemnización empieza a correr a partir de que el o los damnificados conocen, o debieron conocer mediante una razonable posibilidad de información, actuando con

la debida diligencia (due diligence) el daño sufrido, pues es hasta ese instante que el interesado se encuentra en posibilidad jurídica de ejercer su acción.

Para aquellas situaciones donde el damnificado conoció o debió conocer el daño sufrido, pero no la causa que lo provocó, el plazo de la prescripción debe iniciar a partir del conocimiento que tuvo de la causa, ya que es hasta ese momento en que puede empezar a actuar.

II.2.5. Inicio del cómputo de la prescripción para daños ambientales continuados.

Por su parte, el daño ambiental continuado modifica constantemente el inicio de la prescripción. Debido a su esencia, los daños se producen en forma sucesiva, ininterrumpida, continua, (por ejemplo las emanaciones tóxicas diarias) por lo que el cómputo de la prescripción debe iniciarse a partir del último acto de violación repetitiva, continua e ininterrumpida. Es estos casos, la ilicitud no se genera en una única acción, sino que se manifiesta de forma ininterrumpida, continua, reiterativa, razón que lleva a concluir que para los efectos del cómputo de la prescripción, ésta empieza a correr cuando a partir del momento en que aquella cesa y se produce de esta forma su verificación total y definitiva.

En el tanto la conducta ilícita se esté desarrollando, la prescripción queda interrumpida cada vez que se repite la acción dañosa, y por tanto su plazo de prescripción vuelve a correr una y otra vez, lo que lleva a concluir que mientras la

acción se siga generando, la prescripción no corre, equiparándose en sus efectos a las situaciones anteriormente analizadas de imprescriptibilidad de la acción para la defensa, cesación y reparación del daño ambiental colectivo.

III- Prescripción del Daño Ambiental en el Derecho Comparado

III.1 Argentina

La ley 25.675 Ley General del Ambiente³⁴ si bien conceptualiza el daño ambiental, regula el carácter objetivo de la responsabilidad, el carácter simplemente mancomunado o solidario en algunos casos de la obligación de indemnizar, e inclusive posee disposiciones que innovan respecto al valor de la cosa juzgada y el principio dispositivo, en cuanto al tema de la prescripción del daño ambiental es absolutamente omisa, razón por la cual debe acudir a la doctrina y jurisprudencia para llenar ese vacío normativo.

En principio, la acción de responsabilidad civil ambiental iniciada en representación de intereses de incidencia colectiva (intereses difusos y los estrictamente colectivos), en virtud de sus connotaciones de perdurabilidad, es imprescriptible. Esto también aplica para todas aquellas acciones tendientes a la cesación del daño ambiental por molestias que exceden la normal tolerancia en relaciones de vecindad, en el tanto la contaminación o molestia se siga produciendo. A la vez, se han considerado imprescriptibles las obligaciones consti-

34 Sancionada el 27/11/2002 y publicada en el Boletín Oficial del 28/11/2002.

tucionales que pesan sobre todos y cada uno de los sujetos de la comunidad y sobre el Estado de no violar, lastimar, impedir o interferir el ejercicio de los derechos constitucionales al medio ambiente, a la vida y a la salud³⁵.

Para todas aquellos daños ya producidos, y que no sean daños ambientales de naturaleza colectiva, o bien que no tiendan al cese de daños continuados en relaciones de vecindad, el plazo de la prescripción es de dos años, lo anterior debido a que la ley General del Ambiente no previó ningún plazo especial de prescripción para el daño ambiental³⁶.

En cuanto al inicio del plazo de la prescripción el jurista Cafferatta citando a Mosset Iturraspe explica³⁷:
“También el comienzo del plazo de prescripción, es objeto de la resolución que anotamos: que no es otro que desde el día en que acontece el hecho (el hecho ilícito se produjo), o desde que el daño es cierto y susceptible de apreciación. Es decir, en casos como el presente, en los que el daño no es contemporáneo sino sobreviviente, el curso de la prescripción comienza con éste, “cuando se muestra cierto y susceptible de apreciación” (según enseña MOSSET ITURRASPE)

El tema ha sido amplia y acertadamente desarrollado por la jurisprudencia, y a

continuación y a manera de ilustración, se exponen extractos de sentencias relevantes:

En el caso Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A., la Corte Primera Civil y de Comercio de la Plata, Sala Tercera mediante el fallo de fecha 9/2/1995, dispuso:
Si la obligación de los particulares y del Estado (nacional y provincial) de abstenerse de contaminar el medio ambiente es imperecedera y constante, el co-respectivo derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano y al respeto a su vida y su salud, es esencialmente inextinguible. De modo tal que poco y nada importa que sus titulares se hayan sumido durante algún tiempo en la inacción o, incluso, consentido y aceptado los actos lesivos de tales derechos, pues siempre y en todo momento tienen la facultad de accionar en su defensa. En cambio, las acciones resarcitorias de los perjuicios provocados por la denunciada polución y que, se acumularon a la pretensión de cese de la contaminación, son prescriptibles.”

En el litigio de Irazú Margarita contra Copetro S.A., sobre Daños y Perjuicios, la Cámara Civil y Comercial de la Plata (Bs. As.) manifestó:
“El supuesto daño por el que se demanda sucede ininterrumpidamente, pues en forma diaria se sostiene se está dañando las propiedades y la salud de sus dueños y familiares. A los efectos del cómputo de la prescripción, cuando la ilicitud se mani-

fieste ininterrumpidamente, la prescripción empieza a correr cuando aquella cese (Salas Acdeel E. “Código Civil Anotado”, Tomo III, pág. 71, art. 4037). No habiendo cesado Copetro S.A. en sus labores, evidentemente si el daño existe, se sigue produciendo, y dado ello la prescripción impetrada no se ha operado, analizando la cuestión desde otra prisma, dado el tipo de daños por los que se reclama, su existencia o su responsable son de difícil elucidación, en consecuencia el término de prescripción recién podría comenzar a computarse desde que ambos extremos lleguen a conocimiento de los actores, y aún cuando el criterio más arriba expuesto pudiera no ser aceptado, no cabe duda –por vía de hipótesis- que debería computarse la circunstancia apuntada, y no hay en autos constancias adecuadas para permitir concluir con que dos años antes del inicio de las acciones en juicio, los demandantes conocían con fehaciencia el origen de los daños y quién debía cargar con la responsabilidad por los mismos.”

Además, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en el caso “Bottero, Hugo Enrique y otros c/Nextel Communications Argentina SA sobre daños y perjuicios” del 05 de diciembre de 2007, expuso:
“Antes de examinar los hechos particulares de esta causa, recuerdo también que hay abundante jurisprudencia que al momento de computar el plazo de iniciación de las acciones de Daño Ambiental, considera que el comienzo debe demorarse, por la sencilla razón que falta certeza, o conocimiento fehaciente de la incapacidad de la víctima o de la fecha de ocurrencia del hecho, generador del daño, y por ende de la responsabilidad. También se señala el carácter progresivo o acumulativo del daño ambiental, y en consecuencia se dijo

que el plazo se renueva día a día, de manera continua, permanente, o incesante”.
“...no ha de confundirse la acción que persigue la cesación de molestias con la facultad de reclamar indemnización por los daños causados. Existen muchos otros supuestos en los que pueden estar en juego el derecho a la salud, o a la vida, y no por eso se amplía el plazo de prescripción o la acción se torna imprescriptible...”
“Lo que puede resultar imprescriptible es la acción de prevención y recomposición del daño ambiental colectivo (o daño al ambiente en sí mismo; Cafferatta, Néstor, El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental, LA LEY 2007-B, 1341), que es un caso diferente al presente, en el que la acción es esencialmente resarcitoria.”
“Jurisprudencialmente, el criterio adoptado es similar. Así, se ha sostenido que tratándose de una acción por responsabilidad extracontractual, resulta aplicable el plazo de prescripción previsto por el artículo 4037 del Código Civil. Ese plazo comienza a correr, en principio, desde el día en que acontece el hecho fuente de la obligación. Sin embargo, si el daño no es contemporáneo sino sobreviniente, el curso de aquélla comienza con éste, cuando se muestra cierto y susceptible de apreciación, aunque se halle en proceso evolutivo y no se encuentre aún determinado definitivamente. A su vez, si la víctima ignora esos extremos, sin que la ignorancia le sea imputable, comienza a correr a partir de su conocimiento (conf. Sala I, “in re” “Ramirez Elfo c. M.C.B.A. s/daños y perjuicios”, 25/8/98; conf. Mosset Iturraspe, Jorge, De nuevo sobre la prescripción de los daños sobrevivientes y de los continuados, LA LEY, 1988-D-102).

Por último, en el más reciente fallo la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso

35 López Herrera, Edgardo, La Prescripción de la Acción de Daños, en Tratado de la prescripción liberatoria, LexisNexis, Buenos Aires.
36 “La acción de cesación del daño es imprescriptible, tal como ya lo hemos manifestado; la acción de daños prescribe en cambio a los diez años el que se cuenta desde que las molestias pasaron de ser tolerables a intolerables, cuestión de hecho sumamente difícil de probar en la que debe primar la prudencia judicial”, López Herrera, Edgardo, La Prescripción de la Acción de Daños, en Tratado de la prescripción liberatoria, LexisNexis, Buenos Aires.
37 Cafferatta, Néstor, Molestias intolerables derivadas de la vecindad por la instalación de una torre y antena de celulares, publicado en: LA LEY 03/04/2008, 6

“Sagarduy, Alberto Omar contra Copetro S.A. Daños y perjuicios” del diecisiete de diciembre de 2008, confirmando los anteriores precedentes jurisprudenciales aquí expuestos en cuanto al inicio del plazo de la prescripción, dispuso lo siguiente: *“Siendo ello así, entiendo que en situaciones excepcionales como las que presenta el sub lite, no alcanza con haber sufrido algún detrimento en la salud o en la propiedad para que se tenga por iniciado el lapso pertinente, sino que dicha circunstancia debe ser acompañada de una razonable posibilidad de información acerca del origen del daño, lo que a la par permite proponer correctamente la acción e identificar a su autor (v. mutatis mutandi, doct. causas “Genta c/ Potente”, sent. del 19-XII-1950, en “Jurisprudencia Argentina”, 1951-II-4; L. 42.474, sent. del 15-VIII-1989; C.S.N., Fallos 235:145). Sólo en tal hipótesis -teniendo siempre presente la particularidad de los daños aquí reclamados- puede imputarse a los afectados las consecuencias de su inacción, es decir de la omisión en la promoción del reclamo judicial (arg. causas L. 72.194, sent. del 3-XI-1999; L. 84.378, sent. del 19-VII-2006).”* *“Finalmente, en esta línea de pensamiento, cabe recordar que el valor de la información es especialmente tutelado en ciertas materias, como ocurre en el ámbito de la defensa del medioambiente (arts. 41 2º párrafo, Const. nac.; 28 3er párr., Const. prov.; 1 inc. i], 16 a 18, ley 25.675; ley 25.831; arts. 2 inc. b], 26 a 28, ley 11.723). Entiendo, en tal sentido, que el criterio asumido precedentemente -en cuanto sólo autoriza computar el plazo de prescripción a partir del conocimiento suficiente del origen de los perjuicios sufridos- puede ser apreciado como una derivación de dicho principio fundamental.”* *“Los elementos probatorios y demás constancias de autos tenidos en cuenta por*

la accionada para sustentar su tesis acerca de la acabada ilustración de los vecinos respecto de la contaminación ambiental concretada por la empresa, no son suficientes para revisar la conclusión del juez de grado (art. 384 y conchs., C.P.C.C.). Las meras exteriorizaciones dañinas no implican conocimiento suficiente de su origen y autor, por lo que lo alegado en tal sentido en la pieza de inicio no contradice la solución adoptada por el juez de grado.”

III.2. Ecuador

La recientemente aprobado Constitución de Ecuador sigue un criterio de imprescriptibilidad de las acciones legales que persigan o sancionan daños ambientales, al respecto el artículo 396 dispone:

Art. 396.- *El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.*

III.3. Chile

A diferencia del caso ecuatoriano, la ley de Bases Generales del Medio Ambiente de Chile³⁸ en su artículo 63 contabiliza de manera propia el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias que la misma ley regula, esto es, cinco años desde la manifestación evidente del daño.

Como puede observarse, la citada norma parte del principio de prescriptibilidad de las acciones indemnizatorias acaecidas a raíz de un daño ambiental, y además, fija un criterio subjetivo en cuanto al inicio del plazo prescriptivo empezando a correr a partir de la manifestación evidente del daño ambiental.

III.4. México

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la protección al ambiente de México, tras la reforma operada en 1996 de su artículo 203, estableció un plazo perentorio de cinco años para el reclamo de la responsabilidad ambiental, siguiendo lastimosamente un criterio objetivo para el cómputo del citado plazo, sea que el mismo corre a partir del momento en que se produce el acto, hecho u omisión.

Artículo 203: *Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable.*

El término para demandar la responsabilidad ambiental, será de cinco años contados a partir del momento en que se produzca el acto, hecho u omisión correspondiente.

En el proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental de México, el tema de la prescripción es abordado de una manera confusa, lo que puede llegar a convertirse en un portillo abierto para favorecer a los agentes contaminantes. Por un lado, el artículo 16 otorga un plazo de prescripción de cinco años a partir de que se tenga conocimiento de la conducta dañosa, y por otro, el numeral 17 establece un plazo máximo de prescripción de veinticinco años desde el día que tuvo lugar la acción u omisión causante del daño. Como puede observarse a simple vista, ambos artículos parecen contradecirse, y coincidiendo con la maestra Tania Leyva Ortiz³⁹, podría interpretarse que se cuenta con cinco años a partir de que se conoce la conducta que causó el daño para reclamar la reparación del daño, pero que no se puede exceder de veinticinco años el tiempo transcurrido desde que aconteció la conducta y el ejercicio de la acción de reparación, contando el afecto con veinticinco años para darse cuenta que una conducta determinada causó un daño ambiental.

III.5. Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Medioambiental

La Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Ambiental en relación con la Prevención y Reparación de los Daños Ambientales⁴⁰ tuvo como finalidad establecer

38 Ley número 19300
39 Leyva Ortiz, Tania Comentarios a la Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental, octubre 2003. Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Seminario de Responsabilidad. UNAM-INE. México.
40 Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

un marco para la prevención y la reparación de los daños ambientales sobre la base de la responsabilidad ambiental⁴¹. El régimen creado es aplicable exclusivamente a los daños ambientales, los cuales abarcan los daños a la biodiversidad⁴², daños a las aguas y daños a los suelos, dejando por fuera de su esfera de aplicación todos aquellos daños que cuentan con un régimen de responsabilidad regulado en Convenios Internacionales, tales como aquellos causados por contaminación de hidrocarburos y daños nucleares. De igual forma, no se aplica en los casos de contaminación de carácter amplio y difuso cuando sea imposible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de ciertos operadores individuales, tampoco a las actividades cuya única finalidad sea servir a la defensa nacional, ni concede facultades a las partes particulares de reclamar indemnizaciones por pérdidas económicas como consecuencia de daños ambientales o de una amenaza inminente de los mismos.

La Directiva Comunitaria establece dos distintos plazos de prescripción. Por una parte,

dispone un plazo de cinco años dentro del cual la autoridad competente se encuentra facultada de incoar procedimientos de recuperación de los costes en que ésta incurrió contra el operador o bien un tercero que haya causado los daños o la amenaza inminente de daños. Este plazo empieza a correr a partir de la última de las fechas siguientes: la fecha en que se haya llevado a término la aplicación de las medidas o la fecha en que se haya identificado al operador o al tercero responsable. Tal y como lo afirma el jurista español Jesús Jordano Fraga “este funciona como plazo de prescripción y es criticable porque desconoce que los bienes ambientales son bienes de dominio público y que en tanto tales son imprescriptibles, habiendo anudado a ello en ocasiones la jurisprudencia, la imprescriptibilidad de la acción⁴³. Además, la Directiva de rito no es de aplicación si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo. Esta limitación parece fundarse en la seguridad jurídica, pero puede ser peligrosa como cláusula de inmunidad en daños diferidos sobre todo en actividades nuevas⁴⁴.

41 Artículo 1 de la Directiva 2004/35/CE

42 Es importante aclarar que el concepto biodiversidad utilizado por la Directiva no es aquel definido por el artículo 2 del Convenio sobre Diversidad Biológica que al efecto reza “Por diversidad biológica se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras causas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”; sino más bien, únicamente abarca los hábitats naturales y las especies relacionadas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE o en los Anexos I, II y IV de la Directiva 92/43/CEE, o los hábitats y las especies no contemplados en dichas Directivas, cuyas áreas de protección o conservación se hayan designado de conformidad con la legislación de los Estados miembros correspondientes sobre la conservación de la naturaleza, tal y como se encuentra establecido por el artículo 2 inciso 2 de la Directiva, dejando por fuera por tanto, la idea de variabilidad contemplada en la definición que da el Convenio de Diversidad Biológica, excluyendo la responsabilidad derivada de los organismos modificados genéticamente y por consiguiente el régimen contemplado en el Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena de Indias. Las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE carecen de disposiciones en materia de responsabilidad que fomenten un comportamiento preventivo y disuasorio, por tanto el régimen de responsabilidad propuesto viene a llenar tal vacío.

43 Jordano Fraga, Jesús, La responsabilidad por daños en el derecho de la Unión Europea: análisis de la directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad Medioambiental, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de Derecho Ambiental, número 12-13 diciembre 2005, <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

44 Jordano Fraga, Jesús, La responsabilidad por daños en el derecho de la Unión Europea: análisis de la directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad Medioambiental, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de Derecho Ambiental, número 12-13 diciembre 2005, <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>

III.6. España

Por su parte, España incorporó dentro de su ordenamiento jurídico la anterior Directiva mediante la promulgación de la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental⁴⁵, en cuyo artículo 4 dispuso respecto al ámbito temporal de responsabilidad medioambiental: *Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.*

Como puede observarse, el legislador español a sabiendas que la Directiva transpuesta es de mínimos⁴⁶, fue más allá respecto al tema de la prescripción, estableciendo como punto de inicio del plazo prescriptivo el día en que la emisión, suceso o incidente haya terminado por completo de producirse, o bien, desde que se haya producido por última vez.

Conclusiones

Las características especiales que distinguen al daño ambiental de los daños tradicionales deben llevarnos ineludiblemente a reinterpretar y amoldar el instituto clásico de la prescripción a esta clase nueva de situaciones no previstas por el legislador y por ello, es válido plantearse la tesis de la imprescriptibilidad de cierto tipo de acciones

ambientales, y en otros casos la demora del plazo de iniciación de las mismas, en virtud a que la duda y la incerteza siempre serán inherentes a la cuestión ambiental y por tanto, el Derecho debe ofrecernos una especial protección a esta clase de pretensiones.

Por ello, hemos partido de la tesis de que las acciones administrativas y judiciales instauradas, tanto por los particulares como por la misma Administración Pública, tendientes a prevenir, cesar y reparar el daño estrictamente ambiental, también denominado daño ambiental puro o de naturaleza colectiva, son imprescriptibles.

Contrario a lo anterior, las acciones tendientes a reclamar los daños y perjuicios ocasionados sobre derechos subjetivos y/o intereses legítimos ocasionados como consecuencia de la contaminación ambiental, y que recaen sobre bienes ambientales susceptibles de apropiación privada (incluyendo los daños sobre la salud) si son prescriptibles, ello a raíz de la patrimonialidad y disponibilidad por parte de sus titulares.

En cuanto al inicio del cómputo del plazo para todas aquella acciones ambientales prescribibles tratándose de daños ambientales cuyos efectos negativos son perceptibles y apreciables concomitantemente a la fecha de ocurrencia de la acción u omisión contaminadora o degradadora del medio ambiente, este empieza a correr desde el mismo momento en que aconteció el hecho dañoso o desde su primera manifestación. Mientras

45 Publicada en el BOE número 255 del 24 de octubre de 2007.

46 El artículo 130 inciso T del Acta Única Europea prescribe que las medidas de protección adoptadas conjuntamente no serán obstáculo para que cada Estado pueda adoptar y mantener medidas de mayor protección, siempre que sean compatibles con el propio Tratado.

que el reclamo de los daños ambientales cuyos efectos negativos aparecen y son perceptibles con posterioridad al hecho dañoso, el plazo inicia a partir de que el o los damnificados conocen, o debieron conocer mediante una razonable posibilidad de información, actuando con la debida diligencia (due diligence) el daño sufrido, pues es hasta ese instante que el interesado se encuentra en posibilidad jurídica de ejercer su acción.

Respecto al daño ambiental continuado, el cómputo de la prescripción debe iniciarse a partir del último acto de violación repetitiva, continua e ininterrumpida, sea cuando cesa y se produce su verificación total y definitiva. En este último caso, en el tanto la conducta ilícita se siga desarrollando, la prescripción queda interrumpida cada vez que se repite la acción dañosa, y por tanto su plazo de prescripción vuelve a correr una y otra vez, lo que lleva a concluir que mientras la acción se siga generando, la prescripción no corre.

Interpretar y aplicar el instituto de la prescripción de la forma aquí planteada, evitaría que la incertidumbre inherente a la cuestión ambiental y el transcurso del tiempo, se conviertan en factores que favorezcan al contaminador, haciéndolo inmune de recomponer el ambiente degradado e indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

Bibliografía

Briceño, M., “El daño ecológico. Presupuestos para su definición”, artículo presentado en el V Congreso de Derecho Ambiental Español, marzo de 2004, celebrado en Pamplona.

Bustamante Alsina, Jorge, Responsabilidad civil por daño ambiental, L.L, 1994-C-1056.

Cafferatta, Néstor, Prueba y nexo de causalidad en el Daño Ambiental, en obra colectiva, Volumen 3, “Meio Ambiente e Acesso à Justiça”, Homenagem a Vladimir PASSOS DE FREITAS, 11º Congreso Internacional de Direito Ambiental, 27 de Maio a 1º de Junho de 2007, Sao Paulo, Brasil, Instituto O Direito po um Planeta Verde, Imprensa Oficial do estado de Sao Paulo.

Cafferatta, Néstor, Molestias intolerables derivadas de la vecindad por la instalación de una torre y antena de celulares, publicado en: LA LEY 03/04/2008, 6.

Capelluto, Marcelo y Lacovelli, Maria Victoria, Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=1203>

González, Rafael, “Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental” en Temas de Derecho Ambiental, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, Costa Rica.

Jordano Fraga, Jesús, La responsabilidad por daños en el derecho de la Unión Europea: análisis de la directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad Medioambiental, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de Derecho Ambiental, número 12-13 diciembre 2005, <http://www.cica.es/aliens/gimadus>, Leyva

OrtizTania Comentarios a la Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental, octubre 2003. Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Seminario de Responsabilidad. UNAM-INE. México.

López Herrera, Edgardo, La Prescripción de la Acción de Daños, en Tratado de

la prescripción liberatoria, LexisNexis, Buenos Aires.

Lorenzetti, Ricardo L., Las normas fundamentales de derecho privado”, p. 483, Rubinzal- Culzoni, 1995.

Peña Chacon, Mario, La Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental, publicado en Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, marzo 2003, número 93, Editora Laguna, México y en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Editorial Dos Tribunais, Brasil.

Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, accesible también en la página web del Centro de Derecho Ambiental de la UICN: http://www.iucn.org/themes/law/pdfdocuments/CEL10_PenaChacon03.pdf

Peña Chacón, Mario, Tesis de Derecho Ambiental, Editorial Jurídica Continental S.A., primera edición octubre 2008.

Rodríguez Rescia, Víctor, El derecho al medio ambiente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: En busca de la implementación de una estrategia de litigio regional, accesible a través de la red Internet en la siguiente dirección: www.elaw.org/resources/

Vega, E., Evaluación Económica del daño ambiental causado por incendios forestales en Costa Rica, documento extraído de la red mundial de la información, www.fire.uni.freiburg.de/GlobalNetworks/Panamerica/Oct%2004%20Network%20Meeting/PAWFC-Net-04-Vega-Barrantes-Paper-Paper-22-Oct-2004.pdf

Zeledón Zeledón, Ricardo, Código Ambiental, Editorial Porvenir, Primera Edición, San José, 1998.

EL NECESARIO DIVORCIO ENTRE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y EL ARBITRAJE COMERCIAL

M.Sc. Mauricio París¹

Justificación

El arbitraje vive hoy día buenos tiempos. Nunca antes se ha practicado, estudiado y difundido el arbitraje en Costa Rica como en los últimos años. Gracias a la aprobación de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional No. 8937 —en lo sucesivo Ley Modelo-, y los congresos y conversatorios que con gran éxito han promovido distintas organizaciones, los abogados, y aún más importante, los estudiantes de derecho están muy interesados en aprender y practicar arbitraje. El impulso del país como un centro de arbitraje internacional ha sido promovido por el Gobierno y se han destinado recursos y esfuerzos en esa vía.

Ese contexto nos da hoy unas condiciones inmejorables para iniciar el desarrollo de una segunda etapa del arbitraje costarricense, y con ese objetivo, el necesario fortalecimiento de los centros arbitrales nacionales y la depuración de la práctica arbitral mediante la supresión de la aplicación en exceso frecuente e indiscriminada del Código Procesal Civil, son dos de las tareas principales que podemos emprender para fortalecimiento del arbitraje en el país. Sobre este último punto versarán las siguientes ideas.

Contexto

Hace 15 años entró en vigor la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social —en lo sucesivo Ley RAC-. Aunque existía el arbitraje en Costa Rica antes de dicha Ley, su práctica no estaba adecuadamente regulada y era infrecuente. Por tal motivo, a partir de dicha ley es que podemos hablar del desarrollo de una verdadera práctica arbitral en Costa Rica, que se ve fortalecida hoy día con varios centros arbitrales de prestigio y una incipiente jurisprudencia arbitral desarrollada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en tanto es la encargada de resolver el recurso de nulidad del laudo y el recurso de apelación en temas de competencia del tribunal arbitral.

La Ley RAC, aunque fundamentada en su acápite sobre arbitraje en la versión original de la Ley Modelo de la CNUDMI, sufrió varias *tropicalizaciones* en su trámite legislativo, y una de ellas fue que, ante lo novedoso que resultaba el tema en aquel entonces, el legislador tomó la precaución de introducir una previsión en el párrafo final del artículo 39 para que las normas procesales de la legislación costarricense

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

servieran para integrar el proceso arbitral en aquellos aspectos que no estuvieran previstos en la Ley RAC. Esta previsión era razonable en aquel entonces por cuanto la Ley RAC no resuelve una serie de aspectos meramente procedimentales, pero sobre todo por la ausencia en aquel entonces de jurisprudencia, doctrina e incluso práctica arbitral en el país. Es probable que incluso aunque el legislador no hubiera tomado esta previsión, los operadores arbitrales, ante el vértigo que podría ocasionarles un proceso desconocido, habrían terminado acudiendo a las normas procesales y en especial al Código Procesal Civil como forma si se quiere natural de integrar el proceso arbitral. Y es que no hay litigantes arbitrales o árbitros “puros”, todos quienes practicamos el arbitraje provenimos, de una forma u otra, de una cultura de estrados judiciales, y de allí que, por la naturaleza de las disputas que se ventilan en los arbitrajes (comerciales en su gran mayoría), a sus operadores nos resulta familiar la aplicación del Código Procesal Civil.

El problema

En virtud de mencionado párrafo final del artículo 39 de la Ley RAC, litigantes, árbitros y algunos pronunciamientos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia han venido aplicando supletoriamente en los procedimientos arbitrales el Código Procesal Civil, y en muchas ocasiones de

forma mecánica, olvidando que esa misma norma ordena que la integración se realice únicamente cuando las normas procesales resulten compatibles con el arbitraje.

Esta situación ha ocasionado un uso excesivo, automático e indiscriminado de figuras y formas propias de los procesos judiciales, y por ende una desnaturalización del procedimiento arbitral, cuya configuración no sólo legal, sino si se quiere incluso sociológica, tiene una raíz y finalidad muy distinta de la del proceso judicial.

Quizá la característica que más merma se ve con esta tendencia a convertir el arbitraje en un “ordinario privado” es la flexibilidad e informalidad relativa que debe privar en el arbitraje. En no pocos supuestos, los árbitros prefieren resguardarse (o resguardar el laudo) en los ritualismos del Código Procesal Civil² que hacer uso de las amplias potestades de dirección e interpretación con las que cuentan dentro del proceso arbitral. Por ese mismo motivo, los litigantes tampoco se aventuran a salirse de las formas previstas en la legislación civil, y el arbitraje transcurre con mínimas diferencias en relación con un proceso ordinario. Incluso en algunos casos los árbitros procuran eliminar aquellas figuras auténticamente arbitrales, como sucede por ejemplo con la práctica de suprimir la audiencia preliminar que está prevista en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de

2 Los Reglamentos de la mayoría de centros arbitrales del país hacen alusión al Código Procesal Civil en lo relativo a la recusación de árbitros, lo cual es comprensible en tanto esto es lo que dispone el artículo 31 de la Ley RAC. Sin embargo, llama la atención que el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio (AMCHAM) establezca que las excepciones previas que cabe interponer “serán las que establece el Código Procesal Civil”.

la Cámara de Comercio de Costa Rica³. Aunque la realización de dicha audiencia es optativa para el Tribunal, consideramos que es una oportunidad procesal importantísima para resolver aspectos de procedimiento, procurar un advenimiento entre las partes y fijar pautas relacionadas con la fase demostrativa, sin embargo, en no pocas ocasiones los tribunales arbitrales omiten esta audiencia por considerarla innecesaria.

Una de las etapas procesales en donde más se echa de ver la invasión del Código Procesal Civil en el arbitraje es la de recepción de pruebas, ya que la ley RAC prácticamente no contiene normas sobre esta importante etapa procesal, y no las contiene no porque al legislador se le haya olvidado incluirlas, sino precisamente para permitir a las partes una amplia flexibilidad a la hora de evacuar la prueba. Sobre este punto, las Reglas sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional Comercial elaboradas por la *International Bar Association* son un compendio de las mejores prácticas internacionalmente reconocidas sobre este aspecto, y en otras latitudes es frecuente que dichas reglas sean incorporadas por las mismas partes como reglas vinculantes u orientativas de los procesos arbitrales. Sin embargo, en nuestro país, la prueba en el arbitraje se recaba de forma idéntica a un proceso judicial, y miramos con extrañeza y recelo figuras internacionalmente aceptadas como que, por ejemplo, los testigos presentan primero una declaración escrita, para sobre ella ser interrogados (si así lo solicita alguna

parte) en la audiencia oral. O, siguiendo con los ejemplos, seguimos diferenciando en el arbitraje doméstico entre la prueba confesional y la testimonial, e incluso es frecuente que a un confesante se le aperciba que en caso de no comparecer se le podrá tenido por confeso, cuando el propio artículo 39 de la Ley RAC dice que los árbitros deben buscar la verdad real, lo cual riñe abiertamente con una verdad meramente procesal producto de una confesión en rebeldía.

Arbitraje bifronte

La coexistencia de dos leyes diferentes que regulan el arbitraje, según sea este doméstico (Ley RAC) o internacional (Ley Modelo), fue una solución legislativa poco deseable. Sin duda, lo perfecto es enemigo de lo posible, y sabemos que la unificación del arbitraje en una sola norma habría implicado que los legisladores realizaran múltiples ajustes a la Ley Modelo que quizá habrían afectado su pureza técnica y conceptual, y además, el trámite de aprobación de dicha Ley habría sufrido demoras adicionales. Ahora bien, ya que hay que convivir con dos normativas diferentes, debemos estar conscientes de los retos que esto conllevará a la hora de hacerlas coexistir.

El arbitraje debe ser uno sólo, y los criterios de aplicación e interpretación no pueden versar sobre elementos meramente subjetivos tales como la nacionalidad de las

3 Dicho artículo indica que la audiencia preliminar podrá señalarse en la misma resolución que fije plazo para la contestación de la demanda, cuando en realidad lo más razonable es que dicha audiencia sea fijada luego de la contestación de la demanda, quizá en el momento en el que se confiera audiencia a la actora sobre la contestación o, en caso de no haberla, en la resolución que ordene la prosecución del procedimiento, esto por cuanto a efecto de la fijación de la audiencia resulta importante conocer si la contestación se produjo y en qué términos.

partes involucradas o sus abogados. El papel unificador estará en manos de la Sala Primera en lo que a sus competencias atañe, ya que tendrá la importante labor de validar o rechazar determinadas prácticas usuales en el arbitraje internacional, y no deberíamos caer en la trampa de un sistema en donde, no existiendo normas diferentes entre las leyes arbitrales, la Sala Primera valide determinadas prácticas en arbitrajes internacionales y las censure en el arbitraje doméstico. Volviendo a los ejemplos anteriores, si se presentara un recurso de nulidad contra el laudo en donde se discuta la validez de la prueba testimonial recaba por escrito, ¿Aplicaría la Sala Primera criterios distintos dependiendo de si trata de un arbitraje doméstico a si se trata de un arbitraje internacional? O, ¿Si se contesta extemporáneamente la demanda, la rebeldía con admisión de los hechos procederá dependiendo de si se trata de un arbitraje doméstico o uno internacional? En nuestro criterio, siendo que el arbitraje debe ser uno sólo, y no existiendo diferencia entre ambas normas ya que ninguna de las dos dice nada al respecto, no debería haber diferencia alguna de criterio.⁴

El asunto resulta delicado cuando pensamos que el país se busca promocionarse como un destino para el arbitraje internacional, ya que para el logro de ese objetivo debemos no sólo presentarnos sino ser *arbitration friendly*, y estar abiertos a las prácticas que internacionalmente se estilan en la materia,

de allí que la Sala Primera tendrá en sus manos la delicada labor de asegurar o condenar el logro de tal cometido.

El Caballo de Troya

Como decíamos, el artículo 39 de la Ley RAC es el Caballo de Troya que ha permitido el ingreso del Código Procesal Civil al arbitraje doméstico. Sin embargo, con la aprobación de la Ley Modelo en el año 2011, un nuevo paradigma se nos presenta y brinda la oportunidad de refinar y tecnificar la práctica arbitral costarricense.

Y es que, si bien el artículo 39 de la Ley RAC permite la integración del arbitraje con *normas procesales de la legislación costarricense*, no ordena que sea necesariamente con el Código Procesal Civil, motivo por el cual, al ser la Ley Modelo una ley procesal costarricense (por más que regule un arbitraje internacional), por ser una ley posterior y especial en materia de arbitraje y ante todo recoger las mejores prácticas en la materia, debe ser la Ley que por antonomasia integre el proceso arbitral doméstico en lo que la Ley RAC no regule, y sólo ante el silencio de ambas normas, debería echarse mano del Código Procesal Civil, pero limitado en lo que este resulte compatible con los principios del arbitraje.

Es este ejercicio mental de determinar y justificar la compatibilidad de las normas

procesales con los principios arbitrales el que más echamos de menos en la práctica arbitral costarricense. Nada tenemos en contra del Código Procesal Civil, pero sí en contra de la aplicación automatizada e irreflexiva de éste en el proceso arbitral. Si la integración nace producto de un análisis reflexivo y fundamentado por parte del operador arbitral será no sólo posible, sino probablemente deseable, pero para ello resulta de primera importancia que el operador arbitral esté consciente de que las diferencias entre el proceso civil y el arbitraje no se reducen a un asunto de tiempo y costos.

Ahora bien, aunque la Ley RAC no difiere mayoritariamente de la Ley Modelo en materia de arbitraje, sí contiene algunas mejoras producto de la revisión que realizó la CNUDMI en 2006 al texto de la Ley Modelo. Así por ejemplo, en materia de medidas cautelares, la Ley Modelo tiene un desarrollo mucho más detallado que la Ley RAC, o permite también mayor flexibilidad a las partes facultándolas a ampliar su demanda y contestación en cualquier momento siempre que esté debidamente justificado a criterio del tribunal. Pero también resulta importante el aporte que puede realizar el artículo 2(A) de la Ley Modelo a la depuración de la práctica arbitral, en tanto ordena que para su interpretación deberá tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, y de igual forma, su integración deberá realizarse de conformidad con los principios generales en que se fundamenta. Normas similares se encuentran en todos los instrumentos del denominado Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), que sólo pueden tener éxito si su aplicación se realiza libre -tanto como sea posible- de las tesis localistas que existen en cada jurisdicción.

Un ejemplo práctico de las diferencias que pueden presentarse entre aplicar de forma supletoria la Ley Modelo antes que el Código Procesal Civil puede verse en lo relativo a la contestación extemporánea de la demanda por parte del demandado, supuesto sobre el que nada dice la Ley RAC. Si se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil a este supuesto las consecuencias son de todos conocidas: se decretará la rebeldía de la parte demandada con la consecuencia de que la demanda se tendrá contestada afirmativamente en cuanto a los hechos (Art. 310). Muy al contrario, el artículo 25 (b) de dicha Ley establece:

“Artículo 25.- Rebeldía de una de las partes. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

- a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;*

- b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere, por sí misma, como una aceptación de las alegaciones del demandante;***

- c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.”*

Como vemos, la solución que a un mismo supuesto confieren el Código Procesal Civil y la Ley Modelo son radicalmente distintas, y sin duda la solución propuesta por esta

4 Sin duda existirán casos en los que sí existan diferencias entre la Ley RAC y la Ley Modelo, por ejemplo en lo relativo a la conservación del respaldo de las audiencias. Como se sabe, el artículo 51 de la Ley RAC ordena que las audiencias orales se graben para posteriormente transcribirlas en el expediente respectivo. Esta norma que no ha hecho más que encarecer y demorar el arbitraje doméstico de manera absolutamente innecesaria, desde luego que no existe en la Ley Modelo, motivo por el cual sí, por ejemplo en algún momento se discutiera la nulidad o no de un proceso arbitral por la no existencia de dichas transcripciones, la resolución del mismo dependerá en buena medida de si se rige por la Ley RAC o por la Ley Modelo, ya que las disposiciones al respecto son distintas.

última es más acorde con los principios arbitrales de informalidad relativa y verdad real ya que, al igual que dijimos con relación a la confesión, la contestación en rebeldía es una ficción jurídica que busca construir una verdad meramente procesal totalmente incompatible con los principios que orientan y justifican el arbitraje como método de resolución de conflictos.

Conclusión

La elección de acudir a un arbitraje implica una renuncia a la jurisdicción ordinaria, y con ello a la jurisdicción funcional, es decir la posibilidad de que ciertas decisiones jurisdiccionales sean revisadas por jueces superiores con la relativa seguridad jurídica que esto puede conllevar. Ahora bien, si aunado a dicha renuncia el arbitraje será

más costoso que un proceso judicial, debe ofrecer un valor agregado a sus usuarios, y el tiempo muchas veces no suele ser un factor determinante cuando en muchos casos se trata de disputas de millones de dólares. Ese valor agregado del arbitraje reside en buena parte en su flexibilidad e informalidad relativa, que es propia del derecho comercial, materia por excelencia arbitrable.

Entonces, si las partes optan por un arbitraje, debe permitírseles gozar de un arbitraje con todo lo que éste conlleva. Para ello, necesitamos ante todo apertura mental y un cambio de cultura que probablemente tomará varios años de esfuerzo conjunto de litigantes, árbitros y magistrados, pero como indicábamos al inicio, nunca han existido mejores condiciones para tomar el reto de iniciar una nueva etapa del desarrollo arbitral costarricense.

LAS GARANTÍAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Prof. Alonso Salazar

La creencia de que el enemigo es más fuerte puede debilitar la resolución de lucha y provocar una derrota.

Andreski

La estupidez y la lentitud de pensamiento probablemente se distribuyen en forma bastante equitativa en todo el espectro social. Pero donde existe inteligencia y donde ésta procura liberarse de las anteojeras de la respetabilidad, podemos esperar una visión más clara de la sociedad que en los casos en que se toma la fantasía retórica como si fuese la vida real.

Berger

SUMARIO

- 1- Planteamiento del problema.**
- 2- La condición de garante del estado Estado en la ejecución penal.**
- 3- El principio de legalidad en la ejecución penal.**
- 4- El debido proceso en la fase de ejecución penal.**
- 5- Las condiciones mínimas de la ejecución penal.**

Resumen

El presente artículo aborda la problemática de las garantías procesales en la ejecución penal. Centra el objeto de estudio en cuatro garantías a saber: la posición de garante del Estado frente el privado de libertad, el principio de legalidad en el proceso de ejecución, la noción de debido proceso en la fase de ejecución penal y la condiciones mínimas en que debe cumplirse la pena privativa de libertad.

Palabras clave: Cárcel. Debido Proceso. Principio de legalidad. Condiciones mínimas de la pena privativa de libertad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

This article analyzes the issue of due process in criminal enforcement. The object of this study focuses on four guarantees namely: the role of guarantor of the state against the detainee, the principle of legality in the enforcement process, the notion of due process in the enforcement phase and the minimum conditions that must be complied at imprisonment.

Keywords: Jail. Due process. Principle of legality. The minimum conditions at imprisonment. Inter-American Court of Human Rights. Inter-American Commission of Human Rights.

LAS GARANTÍAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Prof. Alonso Salazar

1- Planteamiento del problema

Cuando se habla de la fase de ejecución penal generalmente se cae en un sin sentido que de-seo denominar la «paradoja de la ejecución».

Es una paradoja precisamente por ser una idea extraña u opuesta a la común opinión y al sentir de las personas, principalmente los legos, quienes no conocen el derecho [me atrevo incluso aquí a conjeturar (POPPER¹), que muchas veces hasta los mismos operadores jurídicos]] caen en la cándida superstición de que el derecho penal al ser el derecho de la pena y/o castigo, precisamente por derivar su nombre de la pena misma, enfatiza todo su arsenal teórico en la pena, fin último de su campo de estudio, y por supuesto, en su ejecución.

Tal ingenuidad, propia el ignaro sería admisible en un mundo ficticio, alejado por completo de la vivencia misma del fenómeno jurídico penal y sus distintas manifestaciones, pero resulta impropio de quienes vivimos inmersos en este campo de estudio.

Cuando hablamos de la ejecución penal, en lenguaje de Iñaki Rivera, se trata aquí de la denominada “hija pobre del principio de legalidad”². En nuestro medio en particular, este supuesto cobra especial trascendencia, por cuanto en Costa Rica no existe una ley de ejecución penal que regule la forma en que se deben de cumplir las penas, cómo se deben ejecutar las sentencias penales, bajo qué condiciones y términos, etc., sino que la ejecución penal está librada prácticamente reglamentos de orden penitenciario y directrices administrativas.

El compendio de la normativa que regula la materia en nuestro país es el siguiente³:

- Ley de Creación de la Dirección General de Adaptación Social
- Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.
- Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario.
- Reglamento para la Autorización del Beneficio del Artículo 55 del Código

1 POPPER, K. (1972) *in toto*.
2 Señala el profesor Rivera, que el principio de legalidad se compone de cuatro garantías: a) No hay delito sin ley (*nullum delictum sine lege*), b) No hay pena sin delito (*nullum poena sine delicto*), c) No hay delito sin proceso (*nullum delictum sine procesum*) y d) La hija pobre del principio de legalidad: la garantía de ejecución penal conforme a la ley y en estricto apego a los derechos fundamentales del imputado.
3 El texto de toda la normativa citada se encuentra al alcance bajo la dirección: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/leyes>. (Consultado el día 09 de septiembre de 2012).

Penal, a la Prisión Preventiva y a la Pena de Prisión de las Personas privadas de libertad.

- Reglamento Orgánico y Operativo de la Dir. Gral. de Adaptación Social.
- Reglamento de Valores en Custodia y Fondo de Ayuda a los Privados de Libertad del Sistema Peniten-
ciario Nacional.
- Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de libertad.
- Reglamento de Visita Íntima.

Durante los procesos de reforma iniciados en Costa Rica en la década de los años 70 del siglo anterior, se promulgó un nuevo Código Penal, un Código de Procedimientos Penales, que se mantuvo vigente hasta el año 1998; se realizó el cierre de la Penitenciaría Central (un modelo panóptico, de corte decimonónico y arquitectura propia de la época, construido en los albores del siglo XX y funcionó de 1906 a 1979) y se impulsó un sistema progresivo de penas, basado en la ideología de la resocialización penal, propia del estado del bien estar (*welfare*) que inspiró los procesos de reforma de la época.

Incluso el complejo penitenciario más grande de nuestro país, construido en esos años se conoce como el Centro Penitenciario “La Reforma”, precisamente en clara alusión a aquel movimiento ideológico y los cambios que en teoría se pretendían introducir y

que finalmente no produjeron los efectos deseados, o al menos, no corresponde a los fines confesados de ese movimiento y hoy en día, constituye un modelo sin ningún norte que no hace más que administrar las penas, de una manera bastante deshumanizada y en condiciones absolutamente inadmisibles en un Estado democrático de derecho. De ello puedo dar cuenta de manera directa, porque he estado allí en múltiples oportunidades⁴ y he visto las condiciones carcelarias en mi país.

No es este un trabajo dedicado a la pena, sus fines, su justificación filosófica y por ese motivo omitiré referirme al tema, tampoco es una estudio de los reglamentos y directrices que al respecto se aplican en nuestro medio, pues son una diáspora de documentos ut supra citados, sin ninguna sistematización, jerarquización ni ordenación, que permita hacer una tratamiento de los mismos, sino es en forma aislada y casuística, por ese motivo, dejaré esos temas para otra oportunidad.

Deseo centrar el presente análisis, con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como eje central, en el estudio de cuatro ideas (VAZ FERREIRA, pensamiento por ideas no por sistemas, con la consigna de ser ideas para tener en cuenta nada más⁵), el Estado como garante, principio de legalidad, debido proceso y condiciones mínimas de la ejecución penal.

Esta renuncia expresa a cualquier fin holístico no es gratuita, encuentra fundamento en varias razones de tipo metodológico de las cuales [a manera de justificación] quiero

4 Incluso, puedo afirmar, que he sido “cliente” del sistema por lo que lo conozco por dentro, razón más que me acredita para verter esta opinión.
5 VAZ FERREIRA, C. (1910) obra cuya lectura se recomienda en forma completa por la profundidad y agudeza del pensamiento de su autor y su capacidad para ver los detalles que otros no es sino hasta mucho tiempo después han logrado ver.

ofrecer al lector dos. La primera, lógicamente la razón de espacio y extensión del trabajo, limitada por su condición de artículo de revista y la segunda, la imposibilidad de abarcar todos los precedentes de la Corte, así como la doctrina existente al respecto.

Pergeñar una teoría tampoco es un fin de este trabajo, (concibo el derecho no como una disciplina normativa sino como una tecnología social ALBERT 2007:49-50). Deseo por ello, centrar mi análisis en llamar la atención acerca de una idea que me acompaña desde hace muchos años y al estilo de Gabo⁶, podría aquí adelantarla: los penalista hemos abandonado de manera incompre-
sible el fin último del derecho penal, privile-
giando el desarrollo de teorías y metateorías sobre toda clase de cuestiones muchas «sin trascendencia» y a la ejecución penal hemos dedicado muy poco esfuerzo intelectual.

2- La condición de garante del Estado en la ejecución penal

No cabe duda, que la condición de privado de libertad de un individuo, es la más clara manifestación del ejercicio monopólico la violencia estatal, que es como se entiende aquí el sistema jurídico penal⁷. Esa condición del sujeto que es «alcanzado» por los

tentáculos del poder sancionador, le coloca en una condición particular y cuando es privado de libertad, forma una especial relación de sujeción del individuo en relación con el Estado y de éste último de supremacía absoluta sobre el particular.

En las sentencias de los casos *Tibi e Instituto de Reeducación del Menor “Panchito López”*, así como anteriormente en las resoluciones de los casos *Hilaire, Constantine y Benjamín* (sentencia del 21 de junio del 2002) y *Bulacio* (sentencia del 18 de septiembre de 2003), al igual que en la *Opinión Consultiva OC-17/02*, emitida el 28 de agosto de 2002, sobre la situación jurídica y derechos del niño, la Corte Interamericana ha afirmado la condición específica de garante que corresponde al Estado con respecto a los derechos de quienes se hallan sometidos a privación o restricción de libertad en instituciones del poder público y a cargo de agentes de éste⁸.

Esta especial condición del ciudadano privado de libertad, quien no tiene más opción que cumplir su condena en las condiciones que el Estado determine, la forma y lugares en que se le ubique, en una convivencia obligatoria con otras personas so pena de ser sometido violentamente por el Estado mismo a través de la policía penitenciaria, le colocan en una condición de sometimiento

6 Recordemos aquí su novela intitulada: Crónica de una muerte anunciada.
7 HULSMAN define al derecho al igual que la teología moral, la interpretación de la entrañas, la astrología en cuanto a su funcionamiento como sistemas señalando que funcionan de la misma manera...”Son sistemas que tienen su propia lógica, una lógica que no tiene nada que hacer con la vida ni con los problemas de la gente. En cada sistema, me decía, se hacen depender las respuestas de signos que no tienen nada que ver con las verdaderas cuestiones planteadas.” HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:16). Más elocuente y ejemplificativa de la posición de HUSLMAN deviene la cita que hace de ORTEGA Y GASSET: “Se construyen sistemas abstractos para sentirse seguro en tanto civilización y se trabaja para perfeccionarlos. Pero, con el tiempo, su elaboración se ha hecho detallada y las condiciones para las cuales han sido creados dichos sistemas han cambiado de tal manera, que toda esta construcción no corresponde ya a nada. La distancia entre la vida y la construcción llega a ser tan grande, que ésta se reduce a ruinas...Ibid. p. 17.
8 Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004. En adelante citado como García. Voto.

total a la Institución Penitenciaria, pero a la vez, le hacen vulnerable a las relaciones de poder inherentes a la condición de privado de libertad.

CASTILLO señala que si poder es la potestad de imponer decisiones a los demás, el ejercicio del poder estatal es, en el sentido más puro del término, ejercicio político. Si el poder del Estado se emplea en propiciar el desarrollo de la sociedad o en tratar el fenómeno criminal, es cosa poco menos que circunstancial: ambas cosas tienen en común la misma esencia, es decir, son práctica o ejercicio del poder estatal⁹.

Ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el Derecho penal, el garante del bien jurídico está llamado a responder del resultado lesivo que no impide, pudiendo y debiendo hacerlo, bajo la fórmula de la comisión por omisión. En la jurisprudencia de la Corte se ha manejado el concepto de garante con una caracterización que guarda cercanía conceptual con la que acogen los ordenamientos de aquella materia: por una parte, la existencia de una obligación que proviene de determinada fuente; por la otra, la presencia de un resultado lesivo típico, que se pone en la cuenta del obligado¹⁰.

En este mismo sentido señala el Juez García que “está claro que el Estado debe proveer ciertas condiciones de vida y desarrollo a todas las personas que se hallan bajo su

jurisdicción. Hacerlo así --particularmente, aunque no exclusivamente, en lo que corresponde a la seguridad y la justicia-- constituye, inclusive, una “razón de ser” del Estado, y por lo tanto un punto de referencia para ponderar la justificación y eficacia del poder público. Ahora bien, esa obligación y la responsabilidad consecuente se extreman, adquieren una intensidad mucho más acentuada, son aún más exigibles, con todo lo que ello supone, cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del Estado --por ejemplo, en una “institución total”, donde todo se regula y supervisa-- y no puede, por sí mismo, ejercitar sus derechos e impedir el asedio de quienes los vulneran”¹¹.

La Corte Interamericana ha establecido también que como parte de las obligaciones generales de los Estados, estos tienen un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención [...]”¹².

Una primera conclusión: Aceptado como ha sido, que la relación de ejecución penal por su carácter coercitivo, coloca al individuo

3- El principio de legalidad en la ejecución penal

En relación con el principio de legalidad, debe tener presente el lector lo indicado ut supra, en cuanto a que en torno a su contenido como garantía de ejecución, el mismo ha sido visto como «la hija pobre», a la que no se le presta la atención debida.

LLOBET (1999:123) señala que se hace una distinción del principio de legalidad en: garantía criminal y garantía penal, que corresponde al sentido tradicional del principio de legalidad expresado por Beccaria; garantía procesal y jurisdiccional, que exige que para el juzgamiento de los delitos se siga el proceso judicial establecido legalmente; y garantía de ejecución o de legalidad de la ejecución, que requiere que la pena se ejecute conforme a las disposiciones legales respectivas, requiriendo en definitiva también la regulación por ley de las condiciones de ejecución de la pena¹⁵.

El artículo 9 de la Convención señala:
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse

en una sujeción con respecto al Estado en cuanto al momento, lugar, modo, forma de cumplimiento y demás condiciones relacionadas con el cumplimiento de la pena privativa de libertad; el Estado, que ha colocado al individuo en tal condición, no puede renunciar a ser garante de que el cumplimiento de la pena se ejecute en condiciones que respeten la condición humana y los derechos inherentes al ciudadano en cuanto tal [parto aquí, de manera estipulativa --sin entrar por ahora en ningún tipo de conflicto epistemológico- de la definición de los derechos humanos con carácter inherente de la persona¹³].

Téngase presente que esta es por así decirlo, la posición mayoritaria. Al respecto LLOBET (2007:45) apunta que el principio sobre el que giran los diversos derechos humanos es el de dignidad de la persona, el cual parte de que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene una serie de derechos, y se prohíbe el trato discriminatorio. En ese sentido, es relevante la consideración del ser humano conforme al imperativo kantiano, como un fin en sí mismo, al no podersele tratar como un mero objeto o instrumento¹⁴.

13 En otro sitio y con respecto al derecho penal he manifestado partir de una idea que el mismo Eugenio Raúl Zaffaroni [(Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, palabras de cierre del Primer Congreso Comunicación/Ciencias Sociales desde América Latina: “Tensiones y Disputas en la Producción de Conocimiento para la Transformación” (Comcis), que se desarrolló en la Facultad de Periodismo de la Universidad de Buenos Aires)], ha indicado, a saber: que “la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales” y por lo tanto, que la relación entre criminalidad y marginalidad social “no es absolutamente directa”. Sin embargo, teniendo claro lo dicho, la hipótesis central de esta investigación es que al ser el derecho como tal una manifestación de poder del Estado y el delito una definición estrictamente normativa [producto de esa manifestación], en la definición de las conductas delictivas, existen ciertos factores meta jurídicos (en lenguaje de Kelsen) que determinan no solo el contenido de los tipos penales, sino que al mismo tiempo la interpretación que de ellos se haga y por tanto su aplicación práctica. Esta idea, creo es válida *ceteris paribus* cuando hablamos de derechos humanos, no obstante, por no ser este el lugar adecuado para tal discusión, la reservo para otro más oportuno¹⁴ Cfr. Salazar (2012:21).

14 Cfr. con referencias adicionales.

15 Cfr SALAZAR (2012:159 y sgtes).

9 Así CASTILLO E. (2008:357).

10 Así García. Voto.

11 Así García. Voto.

12 Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N° 11, párr. 34. [...].Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

*no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*¹⁶.

Ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal, 3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía, 7) de reserva de ley y de ley orgánica, 8) de la proporcionalidad o conmensurabilidad de la pena, 9) de prohibición de la creación judicial del derecho, 10) de la no indeterminación de la ley, 11) de la reforma peyorativa de la sentencia o reformatio in peius, etc.¹⁷.

Llama poderosamente la atención [aquí retomo lo ya dicho en torno al desarrollo de teorías y metateorías penales] que se centra el énfasis en los aspectos “perimetrales” del asunto sin entrar en lo verdaderamente importante. No debe de perderse de vista aquí el proverbio que reza: “cuando el sabio señala la Luna, el necio que queda mirando el dedo”.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi Y Otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de Mayo de 1999.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

18 Cfr. La Expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº 6, párr. 21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Lo anterior, por cuanto el problema en relación con la garantía de ejecución penal derivada del principio de legalidad, según la entiendo, debe procurar, que el condenado “cumpla su condena”, pero dicho cumplimiento no puede “degenerar” en sufrimientos y/o tratos crueles o inhumanos o degradantes derivados ya no de la “sentencia” sino de su ejecución.

La Corte ha dicho que:

*[e]l sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente*¹⁸.

Un ejemplo de lo que deseo exponer es el caso, conocido por nuestra Sala Constitucional con respecto al uso de gas mostaza en el ámbito penitenciario como *offendiculum* para controlar a los privados de libertad. La Sala hace referencia al recurso de *habeas corpus* número 06-001545-0007-CO, resuelto mediante sentencia 2006-03678, y con base en 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 vesicante¹⁹, 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 es absoluta²⁰; se trata de un derecho fundamental sin limitación ni límite alguno:

19 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>.

20 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.

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”.

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.

Por su parte, la Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso

utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. ... que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana²¹.

Nótese cómo el énfasis lo pone la Corte en cuanto a la definición de tipos penales, en cuanto a su construcción, interpretación, contenido, sentido, etc., ¿la pregunta que me

hago en este punto es: qué debemos entender por pena privativa de libertad?, ¿en qué consiste?, ¿Cómo se cumple?, ¿Cómo se computa?, algo más mundano, más simple: ¿Cuándo dice X años de cárcel o prisión?, ¿Qué significa pragmáticamente “cárcel o prisión”?.

El artículo 1.1 de la Convención establece la obligación general que tienen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, esta obligación, no debemos perder de vista, no se excluye por encontrarse una persona privada de libertad.

En cumplimiento de esa obligación de garantía, el Estado Parte tiene la obligación *erga omnes* de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Como lo ha dicho la Corte, tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares²².

La Corte ... ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado²³. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En efecto, el artículo 1.1 de la Convención impone a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general^{24 25}.)

Una segunda conclusión: En la Jurisprudencia de la Corte, la Jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional y la doctrina tanto internacional como nacional, al hablar del principio de legalidad, ponen especial

énfasis en los aspectos “definitorios” y las “reglas de interpretación de los tipos penales” para lograr una “correcta” aplicación de la ley. No he encontrado aun [y no es poco lo que he buscado] una sola observación o apunte en cuanto a la forma de interpretar la pena, su forma de cumplimiento, objetivos implícitos y/o manifiestos, condiciones de cumplimiento de la pena que se hagan en el momento de juzgar a los individuos.

Me explico, los jueces en sus sentencias hacen análisis de las conductas, análisis de prueba, análisis de las normas, inferencias lógicas para vincular las conductas humanas con los tipos penales, incluso se toman la molestia de fundamentar el *quantum* de la pena [no siempre de la mejor manera], pero, no he visto un solo cuestionamiento en torno a las condiciones de cumplimiento, a los fines de la pena que se impone en el caso concreto no en abstracto (art. 51 del CP), no he encontrado una sola sentencia que explique en el momento de su imposición, en relación con los aspectos establecidos en el art. 71 del CP, qué es lo que se pretende en el caso particular, incluso, la frase lacónica que contienen las sentencias penales que indica “pena que deberá descontar en el lugar y forma que indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios”, transmite una idea de que “hasta aquí llegamos”, el resto no nos corresponde a nosotros, los jueces decidimos su responsabilidad, no su vida, eso es un problema de cumplimiento de la pena, ya no es nuestro asunto [me refiero a los jueces].

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

22 Cfr., en ejercicio de su función contenciosa, Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párrs. 113 y 114; Caso de la “Masacre de Mapiripán”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, párrs. 111 y 112; Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C Nº 124, párr. 211; Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párr. 108; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C Nº 110, párr. 91; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C Nº 109, párr. 183; Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C Nº 103, párr. 71; Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C Nº 100, párr. 111, y Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C Nº 99, párr. 81. Ver también, en función consultiva, cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 140. Además, al haber ordenado medidas provisionales, cfr. Caso el Internado Judicial de Monagas (“La Pica”), considerando décimo sexto; Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, considerando décimo cuarto; Caso de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2005; Caso del Pueblo Indígena Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004; Caso de la Comunidad Kankuamo. Medidas Provisionales. Resolución de 5 de julio de 2004; Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de marzo de 2003. p. 169; Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002. p. 141, y Caso de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002. p. 53. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006. Medidas Provisionales. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.

23 Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 111, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A Nº 18, párr. 140.

24 Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 108, y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 72.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso. Pacheco Teruel y Otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de Abril de 2012. Cfr resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006. Medidas Provisionales. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.

Entonces pregunto, ¿para qué estudiar derecho penal, si la pena, no nos importa?.

4- **El debido proceso en la fase de ejecución penal**

Señala LLOBET (1999:207) que el origen del debido proceso se encuentra en el derecho anglosajón, pero que ha llegado a ser admitido junto con el principio de presunción de inocencia²⁶ con el que en ocasiones se le llega a identificar, como el principio del que se derivan las diversas garantías procesales en el proceso penal. Coincido con AGUILAR (2010:102) en que la Administración Penitenciaria como se desprende de ese mismo nombre, depende del Poder Ejecutivo y se rige, entonces, por las leyes y los principios elementales del Derecho Administrativo. El “procedimiento administrativo” se ubica dentro de los que la doctrina más respetable ha denominado “las garantías formales de a posición jurídica del administrado”²⁷.

En mi caso, otra de las grandes dudas que me atormentan en torno a la ejecución penal, es el relacionado con las garantías penales en la fase de ejecución. Debo ser claro, que

tengo serias dudas acerca de si realmente el privado de libertad tenga derechos. Esta última idea debe ser aclarada porque podría mal interpretarse de una forma lamentable.

De manera estipulativa, defino “derecho” como el reconocimiento por parte del Estado de una “necesidad”. Bajo este entendimiento, al no existir en nuestro medio una ley de ejecución penal, la materia referente los “beneficios carcelarios” que pueda recibir un privado de libertad durante su ejecución, debe ser vista entonces como eso, “un beneficio”²⁸, es decir; lo primero por comprender aquí, es que ninguna necesidad de los privados de libertad, es reconocida como tal por el sistema a nivel legal y por tanto carecen de derechos [se dice que los tienen, al menos los derechos humanos, los civiles y políticos, pero cómo se hacen valer esos derechos y en qué medida se disfrutan, esa es otra historia].

Véase un caso «curioso» que ilustra mi punto de vista:

Respecto de los derechos a las garantías y protección judiciales, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención, el Estado

26 Debo aclarar que no acepto de buena gana la existencia en el proceso penal de un principio de presunción de inocencia, más bien, me inclino por señalar que lo que existe es un principio de presunción de culpabilidad. Comparto con Velez Mariconde la tesis de que lo que existe es un estado de inocencia que cede ante la existencia de una sentencia condenatoria. De lo contrario no tendría el menor sentido sostener que se presume inocente a quien se le investiga ¿por qué se le investiga entonces?.

27 Si es correcto o no, que la pena privativa de libertad sea administrada por el Poder Ejecutivo y no el Judicial, es harina de otro costal, en mi opinión, debiera judicializarse la pena, pero no me es posible señalar aquí, en razón de la materia tratada, dicho punto, baste por ahora indicar, que al trasladarse la ejecución penal a la administración, se corrompe el sistema, de deslinda la responsabilidad de los juzgadores y se confunde al administrado. De nada me sirve un proceso judicial lleno de garantías, si el fin último del mismo, que es la administración de una pena, cobra vida en un ente burocrático de la administración que no se entera “ni quiere enterarse” de los principios rectores del procedimiento judicial y parte del reduccionismo de que para todo efecto, las sentencias penales son verdades absolutas.

28 La consideración de los por mi denominados “pseudoderechos de los privados de libertad” por no haber sido expresamente reconocidos mediante una ley como “beneficios carcelarios”, no resulta exclusiva en nuestro medio, al respecto puede consultarse el documento preparado por la Defensoría del Pueblo, Lima, Perú. “La ejecución de la pena privativa de libertad. Análisis y perspectivas para una reforma penitenciaria”, 2004, p. 119.

*reconoció que los hechos del presente caso se mantienen en la impunidad y que ello **viola el derecho de los familiares de las víctimas** [¿y los privados de libertad qué, no importan?]y **propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos** [¿de quién, de esas víctimas o de los privados de libertad?]. Además, toda la actividad procesal desplegada por las autoridades judiciales hondureñas se dirigió a establecer la responsabilidad penal del entonces director del Centro Penal de San Pedro Sula al momento del incendio. En este sentido, la decisión de sobreseimiento por parte de los órganos judiciales determinó que la responsabilidad de los hechos recaería en otras autoridades. Sin embargo, no se investigó con la debida diligencia a ninguna otra autoridad. Por otra parte, han transcurrido más de siete años sin haberse deslindado las responsabilidades correspondientes de un hecho que desde el principio se establecieron sus causas, razón por la cual tal plazo excede lo razonable para este tipo de investigaciones. Por lo anterior, el Estado no proveyó a los familiares de las víctimas de un recurso efectivo para esclarecer lo sucedido y determinar las responsabilidades correspondientes, lo cual violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento²⁹. (negrita, subrayado y corchetes son suplidos por el autor)*

Una lectura “poco reflexiva” del pasaje transcrito, no permite advertir lo que señalo. Se analiza a profundidad por el fallo estudiado, los derechos de las familias de los privados de libertad que murieron calcinados en una cárcel hondureña, se valora en concreto las

consecuencias del siniestro y los derechos resarcitorios de los sobrevivientes, pero, y es aquí donde quiero enfatizar, no encuentro en el fallo, un análisis en torno a las violaciones de los derechos humanos de los privados de libertad por las condiciones en que se encontraban, no se extiende el análisis a las condiciones de los demás privados de libertad “quienes aun no han muerto” pero que se encontraban y se encuentran en condiciones de riesgo similares o incluso “peores”, entonces, resulta que la Justicia se torna en “reparadora”, no tiene efectos preventivos, sino paliativos.

Esta forma de actuar transmite una idea nefasta, a saber: “si no hay consecuencias que lamentar, no hay violaciones de derechos humanos”. En el fondo nótese que se están reconociendo los derechos de los familiares de los privados de libertad “víctimas”, pero ¿y los derechos de los presos?.

El juez García nos define el debido proceso diría yo, con carácter *cuasi epopéyico*: *El debido proceso --due process, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento--, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad,*

29 Al respecto, los representantes coincidieron con lo establecido en el Informe de Fondo de la Comisión. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso. Pacheco Teruel Y Otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de Abril de 2012.

*serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, fair trial. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso*³⁰.

Tal definición, más emotiva que efectiva, se limita a presentar el debido proceso como una característica del “proceso” que no representa más que una engañapichanga de incautos que no han entendido que al hablar de “proceso” nos referimos no a la ejecución penal, sino al juzgamiento.

Oculto por tanto tal falacia de construcción, la verdad “más que evidente” de que el privado de libertad está a disposición de sus carceleros, por lo general despiadados ignorantes que le ven como una “no ciudadano”, como un “enemigo” (JAKOBS), quien debe agradecer cualquier deferencia hacia él, pues se trata de un “delincuente quien descuenta una pena” y por tanto, encuentra sus derechos suspendidos (MELOSSI/PAVARINI).

Habíamos ganado un amplísimo terreno en la procuración del debido proceso. La Corte se ha referido a éste --así, en la Opinión Consultiva OC-16/99, acerca de “El derecho a la información sobre la asistencia consular”, del 1 de octubre de 1999, a la que agregué un Voto particular en el que analizo este punto-- como un sistema de garantía con poder expansivo. La estática del debido proceso, guarecido en ciertos

30 Así García. Voto.

31 Así García. Voto.

actos, derechos y garantías inderogables, se ha reforzado con la dinámica moderna de ese concepto: un progreso constante que ha traído consigo, al paso de la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, nuevos derechos y garantías emergentes, que concurren a formar la idea y la práctica más avanzadas del debido proceso³¹.

En esta misma línea discursiva, recorre el Juez García, los grandes avances que se han alcanzado en torno a la noción de “debido proceso”: “En esta evolución se añadieron y florecieron el derecho al silencio, la asistencia oportuna de abogado defensor, el derecho a la información inmediata sobre los cargos que motivan el procedimiento, las restricciones a la prisión preventiva, las garantías judiciales en la adopción de medidas cautelares o en la práctica de ciertos actos de investigación, el derecho a información sobre asistencia consular en beneficio de enjuiciados extranjeros, el carácter público y oral del proceso, el descrédito de la prueba confesional, para no mencionar sino algunos de los avances que ha llegado a incorporar el debido proceso, desbordando su núcleo original”.

Resulta un tanto paradójico el abandono manifiesto de la noción de debido proceso en torno a ejecución penal, por cuanto la misma Corte expresamente ha dicho:

Este Tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, “lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad

de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”³².

De lo dicho se infiere, que en definitiva, la Corte se inclina por la garantía judicial en la noción de “debido proceso”, pero la verdadera pregunta sería ¿cómo puede garantizarse lo que no existe?. Si no existe un cuerpo normativo con carácter de ley que establezca los derechos y deberes de las personas involucradas tanto activa como pasivamente en el proceso de ejecución de una sentencia penal y no se establecen normas procedimentales claras en torno a los medios para hacer valer tales disposiciones, señalaría emulando a BELING que evidentemente sin una ley de ejecución penal –que pueda tocar al privado de libertad-, es falaz hablar de debido proceso en la ejecución de la penal.

“Por otra parte, esta Corte ha establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 que “para que exista ‘debido proceso legal’ es

preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”³³.

En este último precedente citado, se ha indicado que:

“... la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”³⁴, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”³⁵.

Claro que cuando hablo de que exista una ley que regule la ejecución penal, esta debe de ir acompañada de mecanismos que la hagan aplicable y no sea más que letra muerta. Dichos mecanismos como lo ha expresado la Corte con relación a los recursos, deben de ser efectivos.

32 El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 30 y Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

33 Asimismo, en la referida Opinión Consultiva (OC-16/99) este Tribunal dispuso que [p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Corte I.D.H., El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16, párrs. 117 y 119. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002”.

34 Corte I.D.H., El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8; párr.25.

35 Corte I.D.H., Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9; párr. 28 y Corte I.D.H., El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 118.

Sobre el particular, la Corte ha reiterado que no basta con que se prevea la existencia de recursos³⁶, si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”³⁷.

Otro dato curioso, para mi gusto, más retórico que pragmático lo apunta MONTENEGRO (2001:61) quien refiriéndose al tema señala que el principio del debido proceso se extiende necesariamente a la población penal y que sobre esto se puede extraer del voto de la Sala Constitucional número 6829-93, que el condenado recluido en una prisión, no solo tiene deberes, sino también derechos que han de ser reconocidos y amparados por el Estado. Al respecto pregunto ¿cuáles deberes, de dónde los saca el autor, quién se los estableció, se le condenó al cumplimiento de ciertos deberes o qué?, peor aún, con respecto a los derechos, si estos han de ser reconocidos por el Estado, entonces aun no existen, serán derechos en cuanto sean reconocidos, antes de ello se quedan en el mero plano de las expectativas jurídicas, y desde luego, una vez reconocidos podrán ser exigidos por el privado de libertad, mas nunca antes de ello.

Una tercera conclusión: La noción “debido proceso” en el plano de la ejecución penal, como también en general, es polisémica, ambigua, tiene más un contenido emotivo-retórico que concreto. Es una especie de cascarón vacío que puede ser llenado con cuanto contenido se le ocurra al intérprete, que encuentra en la palabra “debido” una suerte de legitimación *im voraus [es decir, por adelantado]*. En el plano estrictamente de la ejecución penal, la ausencia de una ley que establezca de manera clara y precisa la forma, momento, lugar y demás condiciones del cumplimiento de la pena, hace de esta noción de por sí porosa y polisémica, una verdadera utopía, librada al arbitrio del intérprete de turno. Me adelanto a la crítica, que no estamos aquí frente a lo que VAZ FERREIRA señala como una simple cuestión de palabritas, o WITTGENSTEIN identifica como juegos del lenguaje, sino que a como yo lo veo estamos más bien frente a lo que LLEWELLYN o FRANKL conciben como la diferencia entre la *Law in action* o *law in books* (la ley en cuanto texto y la ley en la práctica). Creo firmemente que la ausencia de una ley de ejecución penal, ha llevado a que en la práctica la ejecución de la pena no sea más que arbitraria e inhumana dejando de lado el plano meramente semántico y volviendo los ojos hacia el plano pragmático de nuestra realidad penitenciaria.

36 Cfr. Corte I.D.H., Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C Nº 56, párr. 125; Corte I.D.H., Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 63. En este mismo sentido, el Tribunal también ha indicado que “[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”. Corte I.D.H., Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24.

37 Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C Nº 69, párr. 163. Cfr. Corte I.D.H., Caso Durand y Ugarte, párr. 101 y Corte I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 234. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

5- Las condiciones mínimas de la ejecución penal

Cuando hablo de condiciones mínimas, me refiero a las condiciones básicas de existencia del ser humano que no afecten su dignidad. No debe perderse de vista que al privado de libertad se le ha condenado a eso, es decir, a vivir privado de su libertad ambulatoria, no se le ha rebajado su condición a “no ser humano”, por tal motivo, la privación de libertad debe ser compatible con la condición de ser humano, de ciudadano, de persona.

Al respecto ha señalado la Corte: *“Este Tribunal ha establecido que, de conformidad con los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Además, el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los privados de libertad, en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas”*³⁸.

La condición de las prisiones no solo en Costa Rica, sino en prácticamente el mundo ha sido por lo general objeto de análisis y críticas. Conozco al menos un caso en Europa, específicamente en Alemania durante mi

estancia por razones estudio, haber visitado la cárcel del Friburgo de Brisgovia en compañía de Hans Jörg Albrecht a la sazón y todavía director del área de Criminología del Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht con sede en esa ciudad y no se borra de mi mente la sorpresa mía y la de mis compañeros, pues durante al visita guida en dicha cárcel intercambié algunas palabras con el Director quien nos instruía al respecto sobre las condiciones carcelarias, los problemas de las “listas de espera” para ingresar a prisión y los reclamos de los presos por más drogas suministradas por el sistema, mejor conexión a internet, una mejor biblioteca y algunas otras que con el pasar de los años ya no preciso. Mi sorpresa fue, que no tenía idea de las “excelentes condiciones” en las que se descontaba la pena en Alemania, al menos en dicha cárcel y la de mis compañeros quienes veían como normal dichas condiciones, la cara de sorpresa que mostraban cuando yo les indicaba las condiciones de las cárceles en mi país.

El tema ha sido abordado por la Corte la que al respecto ha señalado: *“Este Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad”*³⁹.

38 Cfr. Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C Nº 20, párr. 60 y Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C Nº 226, párr. 42. El mismo criterio ha sido mantenido en el Caso. Pacheco Teruel Y Otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de Abril de 2012.

39 Cfr. ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Ver también: ONU, Observación General Nº 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), Sustituye la Observación General Nº 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10): 44° período de sesiones 1992, y CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Adoptados durante el 131° Período de Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

En particular, como ha sido establecido por esta Corte:

- el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal⁴⁰; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios⁴¹;
- la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición⁴²;
- todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia⁴³;
- la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente⁴⁴;

- la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario⁴⁵ y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;
- la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios⁴⁶, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;
- las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias⁴⁷;
- todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene⁴⁸;
- los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad⁴⁹;
- los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones

40 Cfr. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párr. 150, y Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C Nº 236, párr. 85.

41 Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C Nº 150, párr. 20, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C Nº 218, párr. 204.

42 Cfr. Artículo 5.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Caso Tibi, párr. 263, y Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C Nº 152, párr. 200.

43 Cfr. Caso Vélez Loor, párr. 216.

44 Cfr. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C Nº 141, párr. 209.

45 Cfr. Caso Tibi, párr. 156, y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C Nº 160.

46 Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 146 y Caso Vélez Loor, párr. 204.

47 Cfr. Caso Loayza Tamayo, párr. 58, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 315.

48 Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 146, y Caso del Penal Miguel Castro Castro.

49 Cfr. Caso López Álvarez, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 319.

de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano⁵⁰, y

- las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales⁵¹, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas⁵².

La observancia de las condiciones mínimas por parte de los Estados Parte como garantía de ejecución penal, ha sido considerada por la Corte como “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”⁵³.

“... la Corte ya ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado⁵⁴. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En efecto, el artículo 1.1 de la Convención impone a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete

50 Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 85 y Caso Vélez Loor, párr. 198.

51 Cfr. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C Nº 123, párr. 70, y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Castigo Corporal a Niños, Niñas y Adolescentes, Considerando 14.

52 Cfr. Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, Considerando 13, y Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011, Considerando 21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso. Pacheco Teruel Y Otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de Abril de 2012).

53 Cfr. Caso de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2005, considerando séptimo, y Caso “Instituto de Reeducción del Menor”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 159. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006. Medidas Provisionales. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.

54 Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 111, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie ANº 18, párr. 140.

su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general⁵⁵.

Se han sentado responsabilidades en contra de un Estado Parte por inobservancia de las condiciones mínimas de los privados de libertad específicamente con “respecto del deber de garantizar el derecho a la vida, el Estado reconoció que es responsable de la violación del artículo 4.1 de la Convención Americana, por la muerte de las 107 víctimas, como consecuencia de una cadena de omisiones de las autoridades (*supra* párrs. 29 a 50), entre ellas las condiciones específicas de la bartolina N° 19 y la negligencia de las autoridades para prevenir el incendio. Por otra parte, en relación con el derecho a la integridad personal, el Estado es responsable de la violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en razón de que tales detenidos padecían muchas de las condiciones de detención calificadas como tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como por la forma en que murieron dichos internos, lo cual constituyó una violación del derecho a la integridad personal, incompatible con el respeto a la dignidad humana. Además, el Estado violó el artículo 5.6 de la Convención, al no permitir a los internos realizar actividades productivas, por considerarlos miembros de la mara Salvatrucha. Finalmente, el Estado violó el artículo 5.4 de la Convención, en perjuicio

de los 22 internos que se encontraban en prisión preventiva por el delito de asociación ilícita, quienes compartían en la misma celda con internos condenados. Adicionalmente, el Estado violó el artículo 5.1 de la Convención en perjuicio del grupo de 83 familiares individualizados, en razón de los sufrimientos inherentes al maltrato a los fallecidos durante el incendio, la demora en los trámites de identificación y reclamo de los cadáveres en la morgue, así como por la inacción de las autoridades en esclarecer y establecer responsabilidades por los hechos⁵⁶.

A diferencia del supuesto ut supra analizado del debido proceso, en cuanto a las condiciones de los privados de libertad la Corte ha abordado el tema y ha señalado la existencia de un deber adicional de prevención de situaciones críticas: “... la Corte ha establecido que el Estado en su función de garante debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas que pondría en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia⁵⁷. En este sentido, el Estado debe incorporar en el diseño, estructura, construcción, mejoras, manutención y operación de los centros de detención, todos los mecanismos materiales que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzcan situaciones de emergencia ó incendios y en el evento que se produzcan estas situaciones se pueda reaccionar con la debida diligencia,

55 Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 108, y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 72. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006. Medidas Provisionales. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.

56 Por su parte, en su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes coincidieron con los alegatos expuestos por la Comisión y agregaron que el Estado permitió que el centro penitenciario se convirtiera en un espacio riesgoso para la vida y seguridad de los internos. Asimismo, el Estado incumplió con su deber de prevención en el diseño de estrategias para situaciones de emergencia, aun conociendo las condiciones de la infraestructura del penal.

57 Cfr. Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, párr. 178.

garantizando la protección de los internos o una evacuación segura de los locales⁵⁸. Entre esos mecanismos se encuentran sistemas eficaces de detección y extinción de incendios, alarmas⁵⁹, así como protocolos de acción en casos de emergencias que garanticen la seguridad de los privados de libertad⁶⁰.

La Corte ha dicho, también, que en “los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos⁶¹. La incomunicación ha sido concebida como un instrumento excepcional por los graves efectos que tiene sobre el detenido, pues “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecient[a] el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles⁶².

La Corte sostuvo en el caso Loayza Tamayo que:

[l]a infracción del derecho a la integridad física⁶³ y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos (...) El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima⁶⁴.

En el mismo caso, la Corte afirmó: *[t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.*

Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad y que el Estado tiene la

58 Cfr. Código de Seguridad Humana NFPA-101, adoptado por la National Fire Protection Association, Inc., Nueva Orleans, EEUU. Editada por el Consejo de Normas el 14 de enero de 2000, vigente a partir del 11 de febrero de 2000, Edición 2012, puntos 22.1.1.2.1 y 23.1.1.2.1.

59 Cfr. Código de Seguridad Humana NFPA, puntos 23.3.4.4.2, 9.6.3.2 y 23.3.5.4.

60 Cfr. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Regla N° 32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso. Pacheco Teruel Y Otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de Abril de 2012.

61 Caso Neira Alegría y Otros, párr. 60.

62 Caso Suárez Rosero, párr. 90. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

63 En el ámbito del Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y, al mismo tiempo, establece que la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes son conductas que violan este derecho. Cfr. SILVA (2008:19).

64 Cfr. Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A N° 25. párr. 167 DE L.; y Caso Loayza Tamayo, párr. 57. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos⁶⁵.

En este mismo caso el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también ha sostenido que “...la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en lo conducente que nadie debe ser sujeto a la tortura o a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes”⁶⁶.

No solo en el ámbito Interamericano sino que también el ámbito europeo al analizar el caso del llamado “corredor de la muerte” se ha hecho énfasis en la necesidad de valorar adecuadamente las condiciones de los privados de libertad:
“... la Corte Europea determinó en el Caso Soering vs. Reino Unido que el llamado “fenómeno del corredor de la muerte” (death row phenomenon) es un trato cruel, inhumano y degradante, y está constituido por un periodo de detención prolongado en

*espera y previo a ejecución, durante el cual se sufre de angustia mental además de otras circunstancias a las que el acusado es expuesto que incluyen, entre otras, la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la persona está sujeta a una tensión extrema y a trauma psicológico; el hecho de que el juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo que será el ritual de su propia ejecución*⁶⁷.

Una cuarta conclusión: La pena privativa de libertad, pena principal por excelencia del sistema penal, es eso, privación de libertad, la cual, lógicamente por la forma en que debe ejecutarse, conlleva la limitación de otras libertades propias del encierro. No pretendo aquí discutir si la pena de cárcel como tal, tiene o cumple algún fin, estoy dando por sentado que en el estado actual de la cuestión, dicha pena existe y aplicando aquí un principio de neutralidad valorativa (WEBER) omito referirme a la misma en términos de ser y deber ser. Lo que sí apunto

y me parece el *quid* de la cuestión [por ahora], es que bajo ningún concepto, la ejecución de la privación de libertad debe llevar aparejada una forma tal de ejecución, de que más allá de la cárcel en cuanto Institución, el privado de libertad deba sufrir consecuencias mayores y distintas de las previstas. Al reo se le condena a estar preso, no se le condena a perder su condición de ser humano, no se le degrada ni se le convierte en un “no ciudadano”, por tal motivo, la ejecución penal, no puede obviar el hecho de que debe ajustarse a la condición del individuo y respetarla de un modo absoluto.

Bibliografía

Aguilar Herrera, G. Ejecución de la Pena. Historia, Límites y Control Jurisdiccional, San José, Poder Judicial, Defensa Pública, 2011.

Albert, H. La ciencia del derecho como ciencia real. México, Distribuciones Fontamara, S.A., 2007.

Andreski, S. Las ciencias sociales como forma de brujería. Madrid, Taurus Ediciones, 1973.

Berger, P. Introducción a la sociología. México, Limusa, 3 ed., 1967.

Castillo Barrantes, E. Vida social y Derecho. Cuarenta años de investigación y análisis. San José, Editorial Jurídica Continental, 208.

Defensoría del Pueblo. La ejecución de la pena privativa de libertad. Análisis y perspectivas para una reforma penitenciaria. Lima, 2004.

Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana, Hacia una alternativa*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1984.

Llobet Rodríguez, J. Derechos Humanos y Justicia Penal, San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007.

Llobet Rodríguez, J. Garantías y Sistema Penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria. San José, Arete, 1999.

Llobet Rodríguez, Javier, *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*, segunda edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2005.

Melossi, Dario/Pavarini, Massimo, *Cárcel y Fábrica*, segunda edición Siglo XXI editores, México, 1985.

Montenegro Sanabria, C. Manual sobre la Ejecución de la Pena. San José, IJSA, 2001.

Popper, K. Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico. Barcelona, Paidós, 1972.

Salazar Rodríguez, A. Poder Político y Fenómenos de Criminalización. Estudio sobre el poder político “derivado” y “oculto” hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente. San José, Isolma, 2012.

Silva Portero, C. Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad. Quito, V & M Graficas, 2008.

Vaz Ferreira, Carlos. Lógica Viva (Adaptación práctica y didáctica). Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 1963. Texto original de 1910.

65 Cfr. Corte I.D.H., Caso Neira Alegría y otros. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C Nº 20, párr. 60 y Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides, párr. 87. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.
66 Cfr. Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 86, que cita: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Moriana Hernández Valentini de Bazzano v. Uruguay, No 5/1977 de 15 de agosto de 1979, párrs. 9 y 10. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.
67 Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Soering v. United Kingdom. Sentencia de 7 de julio de 1989. Serie A, Vol. 161. Igualmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha reconocido en Furman v. Georgia que el período de espera en lo que se lleva a cabo una sentencia de ejecución destruye al espíritu humano y constituye una tortura psicológica que muchas veces conduce a la locura. Cfr. Furman v. Georgia, 408 US 238, 287-88 (1972). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine Y Benjamin Y Otros Vs. Trinidad Y Tobago. Sentencia de 21 de Junio de 2002.

LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN SOCIEDADES NO COTIZADAS Y NO SUPERVISADAS: UN ANÁLISIS DEL ENTORNO COSTARRICENSE

Licda. Adelina Villalobos

Introducción

Los ciudadanos de hoy en día exigen cada vez más transparencia a los operadores económicos; crisis financieras internacionales como la que se vive desde el año 2008, han hecho que el ciudadano común se interese por el manejo de las empresas que interactúan en el mercado y que en algunos casos incluso, exija que se dé un mayor control a sus operaciones.

Estas demandas por parte de la ciudadanía no han surgido de la noche a la mañana, sino que se han gestado a través de las últimas décadas, motivadas por grandes escándalos financieros gracias a los cuales se ha vuelto a poner la mirada sobre el quehacer empresarial, y se ha visto la necesidad de que se desarrollen estándares internacionales que regulen aspectos básicos sobre comportamiento de las empresas.¹

En este contexto, los Códigos de Conducta han sido una respuesta a los nuevos requerimientos de la sociedad, al ser

instrumentos que surgen en el mismo seno empresarial, que generan normas de conducta para la buena gestión de la empresa y que pueden ser fácilmente extrapolados al ámbito internacional. Estos instrumentos de autorregulación se han popularizado en los últimos tiempos, pues presentan muchas ventajas frente a la norma convencional, ya que dan respuesta a temas urgidos de regulación, de forma rápida, con un importante grado de especialización (nacen de los propios agentes del mercado para atender sus necesidades) y a un bajo coste.²

A pesar de que el fenómeno en la actualidad se ha extendido a prácticamente todas las áreas temáticas de la empresa, abarcando temas tan específicos como la protección de datos personales; su surgimiento y principal desarrollo se dio en el campo del gobierno de las sociedades (gobierno corporativo), al ser una alternativa para reducir los costes que surgen de la divergencia de intereses entre los agentes de la empresa (la administración y grupo de control v. accionistas minoritarios).³

-
- 1 JENKINS, Rhys. Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy. United Nations Research Institute for Social Development. Abril 2001. [En línea] Disponible en web: [http://unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/ab82a6805797760f80256b4f005da1ab/e3b3e78bab9a886f80256b5e00344278/\\$FILE/jenkins.pdf](http://unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/ab82a6805797760f80256b4f005da1ab/e3b3e78bab9a886f80256b5e00344278/$FILE/jenkins.pdf) [Consulta: 8 de mayo de 2012]. p.2.
 - 2 FERNANDO MAGARZO, María del Rosario. Códigos de Conducta. *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*. N° 7. 2010. p. 94.
 - 3 PAZ – ARES, Cándido. La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo. *Revista de derecho de sociedades*. N° 20. 2003. p. 67.

Costa Rica a pesar de ser un país de poco más de cuatro millones y medio de habitantes,⁴ con una red empresarial modesta, si se lo compara con las grandes potencias económicas en donde surgen las primeras regulaciones sobre gobierno corporativo; no se ha quedado atrás en la implementación de este tipo de instrumentos e incluso cuenta con regulación al respecto desde el año 2005. Sin embargo hasta ahora, tanto en el ámbito local como en el internacional, los códigos de conducta sobre temas de gobierno corporativo han sido pensados casi de forma exclusiva para sociedades cotizadas o supervisadas, en donde por regla general los requerimientos de información y transparencia son mayores, minimizando el potencial que tendría de ser adoptado por sociedades que no se encuentran en este ámbito.

El presente trabajo precisamente se enfoca en esta última vertiente de los códigos de conducta, los desarrollados en empresas que no se encuentran cotizando en un mercado de valores o bien que su actividad económica no está especialmente supervisada por el Estado. Es en este campo en donde creemos que los códigos de gobierno corporativo pueden alcanzar su mayor crecimiento, no sólo porque estas empresas son numéricamente superiores a nivel mundial,⁵ sino porque poseen menos

mecanismos disciplinarios de mercado, y están sujetas a menos control reputacional.⁶

Los Códigos de Conducta son un fenómeno vivo, que continúa en crecimiento y que en nuestra opinión aún se encuentra lejos de alcanzar las dimensiones que puede llegar a cobrar. Así por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) estima que en la actualidad hay unos cientos de códigos de conducta en el ámbito empresarial, cifra que se queda muy corta frente a las 65.000 empresas transnacionales y 850.000 filiales que hay en el mundo.⁷

Es justamente por esto que conviene analizar el principal alcance de los códigos de gobierno corporativo en el común de las sociedades, para ello nos centraremos en el entorno costarricense, sin desdeñar las importantes tendencias en el ámbito internacional. Nos referiremos a los contenidos mínimos de estos textos, los órganos que los emiten, procedimientos de aprobación, sujetos destinatarios y su eficacia para tratar temas vitales para la empresa. El análisis no pretende ser exhaustivo, ya que sobre este tipo de códigos podemos encontrar importante número de modelos, informes, y análisis doctrinales, no obstante, procuraremos al menos dilucidar la conveniencia o no de adoptar este tipo de instrumentos en empresas no cotizadas y no supervisadas.

4 De acuerdo con el estudio de Estimaciones y Proyecciones de Población del Instituto Nacional de Estadística y Censos de Costa Rica para el año 2012 la proyección de población es de 4.667.096 habitantes. Disponible en web: [http://www.inec.go.cr/A/MT/Poblaci%C3%B3n%20y%20Demograf%C3%ADa/Poblaci%C3%B3n/Estimaciones/Publicaciones/Estimaciones%20y%20Proyecciones%20de%20Poblaci%C3%B3n%20por%20sexo%20y%20edad%20\(cifras%20actualizadas\)%201950%20-%202050.pdf](http://www.inec.go.cr/A/MT/Poblaci%C3%B3n%20y%20Demograf%C3%ADa/Poblaci%C3%B3n/Estimaciones/Publicaciones/Estimaciones%20y%20Proyecciones%20de%20Poblaci%C3%B3n%20por%20sexo%20y%20edad%20(cifras%20actualizadas)%201950%20-%202050.pdf)

5 Así por ejemplo, según datos de la Comisión Europea más del 99% de las empresas en la Unión Europea son PYMES, al respecto véase: *Fact and figures about the EU's Small and Medium Enterprise (SME)*, disponible en web: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/index_en.htm.

6 PAZ – ARES. Óp. Cit. p. 70.

7 FAUCHÈRE, Beátrice. La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta ¿Nuevos retos o viejos debates? *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N°14 (2006-I). p. 106.

Capítulo I - Aspectos generales de los Códigos de Conducta

Sección I – La Autorregulación

Los códigos de conducta se enmarcan en el fenómeno denominado como “autorregulación”, “autodisciplina”, o “self-regulation” por su nombre en inglés; este fenómeno abarca un amplio espectro de actuaciones que ESTEVE PARDO divide en tres grupos: actuaciones de contenido normativo, acuerdos y decisiones singulares, y soluciones de conflictos.⁸

El fenómeno de la autorregulación puede definirse como “un sistema voluntariamente establecido por las empresas mediante el cual se establecen unas reglas éticas”⁹ o más detalladamente como “el ejercicio de la capacidad que poseen los sujetos privados para elaborar un conjunto de normas de naturaleza vinculante, a las cuales deciden someterse voluntariamente en el ejercicio de su actividad empresarial”¹⁰

Es decir, la autorregulación, en cuanto a la primera de las acepciones que señala ESTEVE PARDO, involucra a uno o más

sujetos privados (que en el ámbito comercial normalmente corresponderá a personas jurídicas), que crean un conjunto de normas de comportamiento, que suele ser denominado como “código” (aunque como veremos más adelante ha recibido distintas denominaciones a lo largo de su desarrollo) y al que deciden someterse de forma voluntaria. Estas normas de comportamiento a las cuales quedan voluntariamente sometidos los sujetos, normalmente son ajenas al campo del derecho siendo que más bien son de carácter técnico (*regulae artis*)¹¹, aunque algunos autores –como en la definición mencionada supra- les atribuyen un carácter ético.¹²

Con base en lo anterior, la autorregulación puede ser vista como un ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el que las partes deciden regular sus propias conductas e intereses.¹³

La autorregulación no es un fenómeno novedoso, desde el Medioevo las asociaciones gremiales crearon normas que regularan su comercio, a partir de ahí la autorregulación ha ido desarrollándose en distintos ámbitos. En la publicidad y mercadeo, por

8 ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación: Génesis y efectos*. Navarra. Aranzadi. 2002. p.15.

9 GÓMEZ CASTALLO, José Domingo. Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.115.

10 FERNANDO MAGARZO. Óp. Cit. p. 93.

11 DE LA CUESTA RUTE, José María. La autorregulación como regulación jurídica. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.32. Las «regulae artis» han sido definidas por Esteve Pardo como los métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en una actividad profesional y en la realización de una prestación que puede ser de contenido variado. ESTEVE PARDO. Óp. Cit. p.117.

12 Sobre este punto DE LA CUESTA RUTE, óp. cit. indica que no es correcto indicar que este tipo de normas son de carácter ético ya que la ética debe provenir de la propia consciencia del sujeto, situación que no se da cuando existen normas sistematizadas que le dicen cómo actuar.

13 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa. Espacio Digital y Autorregulación. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.162.

ejemplo, podemos encontrar evidencia de autorregulación desde 1880, siendo que el primer código sobre temas de mercadeo fue emitido en 1925 por el *Association of Publicity Clubs*. En 1937 la Cámara de Comercio Internacional emitió un código sobre prácticas de mercadeo y publicidad.¹⁴

Sin embargo, a pesar de que la autorregulación no es un tema nuevo, ha tomado fuerza en los últimos tiempos por distintos motivos, al respecto ESTEVE PARDO nos señala entre ellos: (i) los reforzados poderes de la sociedad, es decir, en el entorno actual existen agentes de naturaleza privada que tienen mucho peso en la sociedad y por esta misma circunstancia son poco regulados por el poder estatal, lo que finalmente genera la necesidad de autocontrol por parte de esos mismos agentes; y (ii) la complejidad (sobre todo técnica) que implica para el Estado regular ciertos temas, lo que conlleva que el mismo Estado promueva la autorregulación.¹⁵

Por su parte, ILLESCAS indica como principales razones de surgimiento de la autorregulación en nuestros días: (i) la necesidad del mundo empresarial de innovar constantemente, que se contrapone a la lentitud del legislador. Al respecto ilustra el fenómeno con una clarificadora frase “la autorregulación sustituye en cantidad de ocasiones a una ley que ni existe ni va nunca a existir”; (ii) la complejidad en

aumento de las relaciones jurídicas actuales, como puede ser la electronificación de las relaciones jurídicas; y (iii) la mutabilidad de las relaciones comerciales y de los medios de instrumentación.¹⁶

Estas son quizá las principales razones que han llevado a que en la sociedad de hoy en día la autorregulación sea un fenómeno en pleno apogeo, dentro de ella, nos avocaremos a las actuaciones de carácter normativa y específicamente a las que se engloban en códigos de conducta.

Sección II– Antecedentes Históricos

2.1- Entorno internacional

Como hemos mencionado, la autorregulación es el fenómeno que enmarca la decisión de los sujetos privados de dotarse de ciertas normas de actuación, siendo una de estas posibilidades la adopción de códigos de conducta. Los primeros códigos de conducta (al menos en su forma más contemporánea) se remontan a los años 70 en los Estados Unidos, como resultado de varios factores, siendo los principales: la revelación -en el marco de la investigación del caso Water Gate- de importantes sobornos pagados por empresas a políticos,¹⁷ la consecuente investigación de la *Securities Exchange Commission* sobre estos pagos ilícitos¹⁸ y la debacle de *Penn Central Transportation Company*¹⁹.

Todo esto hizo que se pusiera sobre el tapete la revisión de los controles existentes a las grandes compañías y que el Congreso de ese país adoptara el *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, adicionalmente se dio la primera emisión de códigos de conducta que como es lógico, se referían principalmente a aspectos relacionados con la corrupción y la necesaria fiscalización en el seno de la empresa.²⁰

En los años 80 los códigos de conducta se fueron ampliando, regulando aspectos propios de gobierno y la gestión de la empresa. En la década de los 90 y como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo denominada Cumbre de la Tierra de Río de 1992, se empezaron a incluir aspectos medioambientales y sociales en este tipo de códigos.²¹

Más recientemente y luego de los escándalos corporativos que se presentaron en Estados Unidos en el 2001, el Congreso de los Estados Unidos emitió en el 2002 el *Sarbanes-Oxley Act*, denominado así por haber sido propuesto por el Congresista Michael G. Oxley y el Senador Paul S. Sarbanes. Esta ley incluye dentro de sus temas algunos puntos trascendentales para el fomento del buen gobierno corporativo, como la obligación para las sociedades cotizadas de formar un comité de auditoría con consejeros independientes,²² aspectos sobre la independencia de las firmas de

auditores y la duración en su cargo, la relación de los auditores con los administradores (prevención del conflicto de intereses) y la creación de un órgano supervisor de la actividad de las firmas auditoras.²³

Autores como GOÑI SEIN nos indican que en el desarrollo de los códigos de conducta al menos en el ámbito de gobierno de las sociedades, se pueden distinguir dos grandes vertientes o modelos. El primero es el “americano”, que como ya hemos dicho fue pionero en este ámbito y que se caracteriza porque aunque surge como autorregulación (voluntaria), hoy en día ha evolucionado a estar incorporada en la legislación federal y que las principales bolsas de valores requieran a las empresas su adopción de forma obligatoria para participar en sus mercados²⁴. El segundo es el “europeo”, que inició de forma más tardía que en Estados Unidos y que en su gran mayoría se ha mantenido hasta la fecha como *soft law*, entendiendo que en la mayoría de los países no es obligatorio para las empresas cotizadas adoptar un código de conducta sobre aspectos de gobierno aunque sí deben dar explicaciones en caso de no hacerlo. Lo anterior atendiendo al principio generado en Gran Bretaña de “comply or explain”, que tiene asidero en el hecho de que algunas empresas pequeñas podrían no encontrar aplicable algunas de las normas típicas de buen gobierno, caso en el cual deben rendir explicaciones.

14 Code of Non-broadcast Advertising, Reino Unido. *History of self-regulation*. [En línea]. Disponible en web: <http://www.cap.org.uk/The-Codes/CAP-Code/~media/Files/CAP/Codes%20CAP%20pdf/CAP%20History%20of%20self-regulation.ashx> [Consulta: 2 de mayo de 2012].

15 ESTEVE PARDO. Óp. Cit.

16 ILLESCAS, Rafael. La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad. *Derecho Privado y Constitución*. N° 17. 2003. P. 298.

17 PERDICES HUETOS, Antonio y RIAÑO LÓPEZ, Dámaso. El Gobierno Corporativo en España. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p.32.

18 FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 107.

19 PERDICES HUETOS et al. Óp. Cit. p. 32.

20 Datos de un estudio elaborado a 174 códigos en 1978 demostró que más de la mitad se referían mayoritariamente a pagos indebidos. JENKINS, Rhys. Óp. Cit. p. 5.

21 FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 108.

22 PERDICES HUETOS et al. Óp. Cit. p.36.

23 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas: La 2002 Sarbanes-Oxley Act. *Derecho de los Negocios*. Noviembre, 2002. pp. 1-18

24 Este es el caso de NASDAQ y la Bolsa de Nueva York.

Como hemos reseñado, los códigos de conducta sobre temas de gobierno de la sociedad se desarrollaron más tardíamente en el ámbito europeo que en Estados Unidos, siendo que el primer reporte sobre el tema se dio en el Reino Unido en el año 1992 (Informe Cadbury), que tendría varios predecesores y que generaría más adelante el llamado *Combined Code* de Gran Bretaña, que engloba buenas prácticas y principios de buen gobierno corporativo. Por su parte, España ha desarrollado distintos documentos a través de las últimas décadas, siendo tres los más reconocidos, en 1998 el llamado Código de Buen Gobierno: Informe Olivencia, seguido del Informe Aldama en el 2002 y la emisión de un Código Unificado sobre Buen Gobierno: Informe Conthe en el 2005.²⁵

Sobre el desarrollo de los códigos de gobierno corporativo en Europa, es importante mencionar que aunque en su gran mayoría, al igual que en los Estados Unidos, este tipo de códigos se ha dirigido a sociedades cotizadas, existen algunas excepciones, ya sea de códigos que contienen normas aplicables a sociedades no cotizadas o bien de códigos dirigidos a empresas no cotizadas como es el Código Buysse en Bélgica.²⁶

Así también es importante destacar que tanto en Estados Unidos como en Europa los códigos de conducta no se encuentran limitados a aspectos de gobierno corporativo,

sino que se han implementado en diversas áreas desde hace varios años. Es más, en los años 90 el número de códigos de conducta que se refería a aspectos distintos a los de buen gobierno de las sociedades fue mayor, en esta época un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre 246 códigos el 60% contemplaba aspectos laborales, el 59% ambientales y solamente el 23% temas de buen gobierno (pagos indebidos).²⁷

Adicional a la incursión de los códigos de conducta en temas laborales y ambientales, podemos mencionar los códigos de conducta en materia de publicidad, en donde organizaciones como *European Advertising Standards Alliance* promueven desde 1992 la autorregulación en distintos países de Europa.²⁸ La autorregulación también ha estado presente en el sector bancario, como una alternativa al fuerte intervencionismo regulatorio que se dio en este campo en luego de la Gran Depresión de 1929 y la Segunda Guerra Mundial.²⁹

En materia de agencias de rating, hasta hace poco, la autorregulación igualmente había sido el principal mecanismo de regulación, siendo que en el 2004 se emitió un código de conducta (que podría denominarse “modelo”) denominado *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies* de la *International Organization of Securities Commissions*, que regula las normas de

25 FERRUZ AGUDO, Luis, MARCO SANJUAN, Isabel y ACERO FRAILE, Isabel. Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español. *Aposta*. N°46. Julio, Agosto y Septiembre 2010. [En línea] Disponible en web: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sanjuan2.pdf>. [Consulta: 1 de Mayo de 2012].

26 Ídem.

27 JENKINS. Óp. Cit.

28 Al respecto véase: <http://www.easa-alliance.org/page.aspx/190>

29 URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p. 309.

conducta que deben seguir este tipo de agencias en la preparación de los ratings. A pesar de que a este código de conducta lo siguieron otras iniciativas similares en el marco europeo, más recientemente el mecanismo de la autorregulación se ha visto un poco debilitado sobre todo a raíz de la crisis financiera desatada en 2008 y el rol que las agencias de rating jugaron en la misma.³⁰

2.2- Entorno costarricense

En comparación con Estados Unidos y Europa, la autorregulación, específicamente en cuanto a códigos de conducta, es un fenómeno relativamente reciente en Costa Rica. El primer esfuerzo de orden gubernamental por regular temas de gobierno corporativo se dio en el año 2005, cuando el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) emitió el *Reglamento de auditores externos y medidas de gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN*³¹. La promulgación de este reglamento es consecuencia de la situación producida en Estados Unidos con el escándalo de Enron (divulgado en el 2001) y los casos de corrupción que se presentaron

en Costa Rica por pagos ilícitos que se dieron por parte de las empresas Fischel y Alcatel a instituciones públicas para la adjudicación de distintas licitaciones y que fueron divulgados en el 2004.³²

A pesar de sus buenas intenciones, este primer reglamento encontró fuertes oposiciones por parte de los sujetos de aplicación, debido a que el mismo no fue consultado con las partes involucradas y que algunos de sus artículos eran incluso mucho más severos que la Ley Sarbanes-Oxley promulgada en Estados Unidos y a la que ya hemos hecho referencia.

Dentro de estos artículos, quizá el que encontró mayor oposición fue el número 8 que establecía la obligación para los sujetos fiscalizados de cambiar la firma encargada de auditar sus estados financieros cada 5 años, siendo que las empresas únicamente podrían volver a contratar a la misma firma, luego de transcurridos 3 años del último informe emitido por ésta.³³ La oposición a este artículo llegó incluso a ser objeto de una Acción de inconstitucionalidad presentada por varias firmas auditoras y empresas interesadas, que durante su tramitación (que

30 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. *Las agencias de rating como terceros de confianza: reputación, responsabilidad y autorregulación en los mercados financieros*. Artículo inédito. 2012.

31 Por su orden estos acrónimos corresponden a la Superintendencia General de Entidades (SUGEF), Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) y la Superintendencia de Pensiones (SUPEN).

32 Respecto a los casos suscitados en Costa Rica se puede consultar el artículo de ARTAVIAARAYA, Fernando. Licitando lo ilícito: Reflexiones en torno al caso CCSS-Fischel e ICE-Alcatel. *Revista de Ciencias Sociales* 123-124: 27-34. 2009 (I-II). [En línea] Disponible en web: <http://163.178.170.74/wp-content/revistas/123-124/02-ARTAVIA.pdf> [Consulta: 2 mayo de 2012].

33 El artículo 8 indicaba lo siguiente: “Rotación.- Los sujetos fiscalizados deberán cambiar al profesional o firma auditora que realiza la auditoría de sus estados financieros al menos cada cinco años. El profesional o firma auditora podrá ser contratado nuevamente para brindar servicios de auditoría externa transcurridos tres años continuos contados a partir de la fecha del último informe de auditoría realizado por dicho profesional o firma.” Sobre este punto es importante destacar que la Ley Sarbanes- Oxley en su momento estipuló la obligatoriedad de que el socio auditor encargado de la auditar a una empresa determinada rote cada 5 años, mas no el requerimiento de la rotación de la firma; aunque sí se contempló que el Comptroller General of United States evaluaría la necesidad de implementar este último sistema. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL. Óp. Cit. p. 22.

demoró aproximadamente año y medio) suspendió los efectos del citado reglamento; finalmente la acción fue resuelta por la Sala Constitucional mediante voto 17599-2006, en el que la Sala determinó que efectivamente el CONASSIF se había extralimitado en sus potestades normativas restringiendo la libertad por parte de los sujetos supervisados de elegir al co-contratante en servicios de auditoría, sin llegar a demostrar (el CONASSIF) que la limitación fuera necesaria, razonable y proporcionada.

Durante la tramitación de la acción mencionada y ante la disconformidad generada por la normativa, algunas empresas dejaron de cotizar en la Bolsa de Valores, otras por el contrario, se acoplaron a las nuevas medidas de gobierno corporativo e incluso gestionaron con la Bolsa de Valores la promoción de directrices de gobierno corporativo voluntarias, al estilo del Reino Unido, bajo la máxima “cumplir o explicar”.³⁴ A pesar de que la normativa permaneció sin cambios hasta el 2009, el diálogo de las empresas con la Bolsa Nacional de Valores dio como resultado la elaboración de un Código Voluntario de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo en el 2007.

En el 2009, el CONASSIF emitió nueva normativa en el tema de gobierno corporativo, el *Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE*,³⁵ este Reglamento que se encuentra actualmente en vigencia, modificó parcialmente el Regla-

mento anterior en cuanto a que derogó las normas referidas a gobierno corporativo y algunas referidas a las firmas de auditores y auditorías. Asimismo, estableció los nuevos contenidos mínimos de gobierno que deberán tener las entidades fiscalizadas por los órganos supervisores del sistema financiero costarricense, incluyendo la sociedad controladora de los grupos y conglomerados financieros (Artículo 2) y la necesidad de que estas empresas rindan un informe anual sobre gobierno corporativo.

Hasta ahora hemos reseñado el desarrollo en códigos de conducta sobre aspectos de gobierno de las sociedades que se ha presentado en Costa Rica para sociedades cotizadas y supervisadas, no obstante, es importante decir que estas acciones han ido acompañadas del desarrollo de importantes esfuerzos para extender estas iniciativas a otros ámbitos. En el 2008 se creó el Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica (IGC) bajo el impulso del sector empresarial del país, cuyo objetivo primordial es promover los beneficios del buen gobierno corporativo en el país y al mismo tiempo dar capacitaciones sobre esta materia.

Las acciones del IGC se han orientado no solamente hacia las empresas que cotizan en el mercado bursátil, sino también hacia un importante sector de la economía del país que son las empresas familiares y que en Costa Rica se estima que alcanzan cerca de un 90% de las empresas.³⁶ No se disponen datos sobre el número de empresas familia-

res que ha adoptado medidas de gobierno corporativo en el país, no obstante existen algunos ejemplos de empresas importantes y de gran tradición en el país que sí lo han hecho como Grupo Monge³⁷ y Automercado.³⁸

En Costa Rica también se ha dado la adopción de códigos de conducta en otros ámbitos, así por ejemplo, en materia turística (importante motor de la economía), asociaciones de empresas y empresarios del sector turismo aprobaron en el año 2005 un Código de Conducta para la Protección de los niños, niñas y adolescentes contra la Explotación Sexual Comercial en Viajes y Turismo. Esta iniciativa surgió bajo el patrocinio de la Organización Mundial del Turismo (UNWTO por sus siglas en inglés) que dentro de su Código de Ética Global para el Turismo, ha propuesto medidas para proteger a los niños de la explotación en el turismo.³⁹

Adicionalmente en materia publicitaria, en el año 2010 el Instituto Nacional de la Publicidad (asociación sin fines de lucro) con la colaboración de algunos de sus miembros, emitió un Código de Autorregulación Publicitaria que pretende que la industria publicitaria pueda auto-vigilar y auto-regular el contenido de los mensajes publicitarios.⁴⁰

Sección III- Delimitación Conceptual

En el estudio de los códigos de conducta, quizá uno de los principales inconvenientes

con el que nos encontramos, es precisamente lograr entender a qué nos referimos cuando hablamos de este concepto. Ya hemos indicado que los códigos de conducta se engloban dentro del fenómeno conocido como autorregulación, no obstante, dentro de este campo se han desarrollado distintos instrumentos, siendo que los códigos de conducta abarcan solo una parte del fenómeno.

Para denominar este tipo de instrumentos se han usado distintos términos, DUPRAT menciona algunos de ellos: “códigos de (buena) conducta, cartas éticas, principios” y nos indica que estas denominaciones por sí, no determinan la calificación jurídica que se debe dar al instrumento, sino que debe atenderse a su contenido.⁴¹ A los términos citados por el referido autor podemos agregar, “códigos de buenas prácticas”, “códigos de buen gobierno”, “códigos de gobierno corporativo” y “principios de gobierno corporativo”, y probablemente podríamos adicionar muchas expresiones más para englobar compilaciones similares de normas de conducta en sentido general.

Sobre las distintas acepciones dadas a estos instrumentos podemos anotar lo indicado por REAL PÉREZ:

“El término “códigos de conducta”, “códigos de buenas prácticas” o “códigos tipo” ha sido utilizado en diversos sentidos, no sólo jurídicos. Desde el punto de vista jurídico también se utiliza de formas diversas.

34 INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Estudio de Casos de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo: Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo. 2006. p. 4. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/31/25/37846689.pdf> [Consulta: 2 mayo de 2012].

35 En este Reglamento, a diferencia de su antecesor, se adiciona a la SUGESE que es la Superintendencia General de Seguros, la cual se creó a raíz de la apertura del mercado de seguros en el 2008 (anteriormente existía un monopolio).

36 RINCÓN CUELLAR, Yumay. Empresas familiares y gobierno corporativo: El dilema del empresario con dos sombreros. Boletín IGC – Costa Rica. N° 3. Marzo 2011. [En línea]. Disponible en web: http://www.igc-costarica.org/documentos/boletines/marzo_2011.pdf [Consulta: 3 mayo de 2012].

37 Al respecto véase: http://www.igc-costarica.org/documentos/boletines/setiembre_2009.pdf

38 Sobre el tema véase: http://www.igc-costarica.org/documentos/boletines/noviembre_2009.pdf

39 El texto completo del Código puede consultarse en: <http://dtxtxq4w60xqpw.cloudfront.net/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodees.pdf>

40 El texto completo del Código puede consultarse en: http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2010/noviembre/07/MMedia/0000010675.pdf

41 DUPRAT, Jean-Pierre. Los Códigos de conducta vistos por un jurista francés. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.56.

Unas veces se habla de “códigos de conducta” para referirse a reglas diversas que rigen comportamientos de personas sin vincular jurídicamente (por ejemplo normas meramente sociales). Otras veces, para mencionar reglas que ya están contenidas en normas jurídicas, luego tienen la naturaleza de éstas, son de obligado cumplimiento y surten los efectos de las normas jurídicas. En otras ocasiones, los “códigos de buenas prácticas” son homologados por los poderes públicos, quienes conceden estímulos a quienes los cumplen, aún sin sancionar a quienes no los suscriben.”⁴²

Así también, en diversos textos se entremezcla el término código de conducta con el concepto de responsabilidad social empresarial (RSE), que es un tema que también se encuentra en pleno apogeo y que, aunque se relaciona parcialmente con los códigos de conducta, en cuanto a que muchos códigos de conducta surgen en el marco de iniciativas de RSE de las empresas, no deben utilizarse como sinónimos. La responsabilidad social empresarial es un conjunto de prácticas empresariales que buscan la sostenibilidad económica, social y medioambiental, en el tanto los códigos de conducta (como se definirá más adelante)

versan sobre aspectos concretos del quehacer empresarial.⁴³

Es precisamente por lo anterior, que es conveniente dilucidar a efectos de este trabajo qué entendemos por código de conducta y en qué ámbito analizaremos los mismos.

La OCDE, define código de conducta corporativo como los compromisos hechos voluntariamente por compañías, asociaciones y otras entidades, que establecen los estándares y principios para la conducta de las actividades del negocio en el mercado.⁴⁴ Esta definición es bastante aproximada a lo que entendemos como código de conducta, no obstante el mismo estudio que dio lugar a la definición específicamente excluye los códigos de gobierno corporativo de su alcance. La OCDE, se refiere a los compromisos hechos por las compañías en temas de gobierno corporativo como “principios de gobierno corporativo” y no como códigos de conducta.⁴⁵

Continuando con la clarificación del concepto, debemos decir que a nuestro entender, los códigos de conducta no sólo abarcan temas de gobierno corporativo (lo que llamaríamos normas del buen gobierno

de la empresa),⁴⁶ sino que se ocupan en sentido amplio, de los temas relacionados con las buenas prácticas⁴⁷ en la empresa, que incluye aspectos tan diversos como normas de conducta para los trabajadores, normas contra el acoso sexual y moral, normas relacionadas con el espacio digital, de protección de los consumidores, entre muchos otros ámbitos.

Si procuramos incluir en una definición los elementos mencionados anteriormente podríamos esbozar la siguiente definición de códigos de conducta:
«Reglas de conducta o comportamiento, que no son exigidas por la ley, y que los sujetos privados adoptan voluntariamente para regir su negocio de una forma acorde con los principios sociales imperantes.»

Es importante señalar que a nuestro entender, los códigos de conducta incluyen necesariamente como elementos fundamentales la adopción de reglas de conducta para regir el negocio y el carácter voluntario de esa acción. Lógicamente estas reglas de comportamiento no sólo deberán enmarcarse dentro de la legalidad, sino qué, para que cumplan el propósito constructivo que se pretende, deberán ser acordes con los principios sociales imperantes.

Sección IV- Distintas Clasificaciones

Como se ha reseñado en la sección anterior, la frase códigos de conducta se refiere a reglas de conducta adoptadas de forma voluntaria por los sujetos privados, en distintos ámbitos, es por ello que conviene dilucidar las distintas clasificaciones que a nivel doctrinario se han hecho de este tipo de instrumentos.⁴⁸

4.1. Clasificación por sectores

Los códigos de conducta pueden clasificarse según el sector o grupo de personas al que va dirigido, las categorización que se presenta a continuación no es exhaustiva, porque como hemos dicho, en materia de códigos de conducta se ha dado un amplio abanico de modelos, no obstante consideramos que estos sectores son los que han sido más ampliamente cubiertos a nivel doctrinal.

a- Relaciones con los empleados:

Los códigos de conducta se han popularizado en el ámbito empresarial para regular la conducta de los empleados, no obstante, aún sigue siendo más común encontrarlos en ciertas industrias como son el vestido, calzado, artículos deportivos y juguetes.⁴⁹

42 REAL PÉREZ, Alicia (Coord). Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.12.

43 Sobre este tema se puede mencionar la definición del grupo de expertos del Ministerio de Trabajo de España, sobre Responsabilidad Social Empresarial, citada por Calvo Gallego que indica que es la “integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores”. CALVO GALLEG0, Javier. Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: Análisis jurídico. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 270.

44 OECD. Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents. OECD Working Papers on International Investment. 2001/06. Publicación de OECD. [En línea] Disponible en web: <http://dx.doi.org/10.1787/206157234626> [Consulta: 4 de mayo de 2012]. La definición en el idioma original es: “commitments voluntarily made by companies, associations or other entities, which put forth standards and principles for the conduct of business activities in the marketplace”

45 OECD. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD. 2004. [En línea] Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

46 ZORNOZA PÉREZ, Juan. Los códigos de buen gobierno corporativo, control financiero y la fiscalidad de la empresa. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p.59.

47 El autor De la Cuesta Rute indica que es conveniente hablar de códigos de buenas prácticas ya que este tipo de instrumentos expresan estándares de conducta con un cierto reconocimiento social, véase: DE LA CUESTA RUTE. Óp. cit. p.33.

48 Para estos efectos hemos tomado como referencia inicial la clasificación que realiza DUPRAT a partir de la jurisprudencia en Francia, este autor divide los códigos de conducta en dos grupos, por sectores y por objetivos de interés general. En el primer grupo a su vez enuncia los siguientes subgrupos: el de las relaciones con los empleados, el de las relaciones entre los administradores y directivos y los accionistas, el de las relaciones con los consumidores y el de las relaciones entre las empresas. En cuanto a los objetivos de interés general, menciona tres fines perseguidos por los códigos de conducta: la protección del medio ambiente, la protección de la salud y la ayuda al desarrollo de países pobres. DUPRAT. Óp. Cit. p. 58.

49 FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 109.

Autores como CALVO GALLEGO han atribuido el ascenso de los códigos de conducta en este ámbito a varios factores, dentro de los que señala: el impacto de la RSE, por la que la empresa asume determinadas obligaciones frente a la sociedad y que por lo tanto la empresa incorpora como exigencias de conducta a los empleados; la interiorización de la ética y los valores en el ámbito empresarial, lo que ha llevado a las empresas a reforzar las obligaciones éticas de los empleados frente a la propia compañía; y por último la necesidad de, a través de la ética, formalizar jurídicamente prácticas de gestión de los recursos humanos.⁵⁰

Estas razones por las que se ha popularizado el uso de códigos de conducta en las relaciones con los empleados, corresponden de forma bastante correcta a los contenidos que suelen establecerse en este tipo de instrumentos y que precisamente los diferencia de otros códigos de conducta.

Así pues, es normal que en este tipo de instrumentos se contemplen obligaciones tales como de respeto a la legalidad, prohibición de discriminación, prohibición de acoso en el trabajo, cumplimiento de políticas de confidencialidad, políticas de prevención de corrupción y pagos ilícitos, políticas de trato con proveedores, diligencia en el uso de los recursos de la empresa, entre muchos otros. Al respecto la OIT, en un estudio sobre 239 códigos de conducta, indicó que los principales aspectos cubiertos por estos

instrumentos en el ámbito del trabajo son los siguientes:⁵¹

- Trabajo forzoso
- Trabajo infantil
- Libertad sindical y derecho de negociación colectiva
- No discriminación en materia de empleo
- Salud y seguridad en el trabajo
- Salario mínimo, ventajas sociales y duración del trabajo
- Seguridad en materia de empleo
- Control sobre la aplicación del código

Normalmente la decisión de implementar un código de conducta en este ámbito, pasa necesariamente por el tamiz de la reputación y la importancia que le dan los consumidores a los estándares laborales bajo los cuales se fabrican los productos que consumen. Es por ello que el ámbito de aplicación de este tipo de códigos aún no ha permeado otro tipo de industrias, que por su naturaleza, no tienen una relación tan directa con el consumidor. Como muestra podemos mencionar el impacto que ha tenido en los consumidores la revelación de prácticas vejatorias en fábricas de reconocidas marcas deportivas o de juguetes y las acciones que estas han tenido que tomar para paliar los efectos negativos.⁵²

50 CALVO GALLEGO. Óp. Cit.
51 Citado por FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 110.
52 De conformidad con datos revelados por la OIT, unos 12 millones de niños menores de 14 años trabajan en condiciones deplorables produciendo ropa, juguetes y ordenadores, al respecto véase la nota publicada en El Mundo sobre este tema: <http://www.elmundo.es/cronica/2001/317/1005552045.html>

a- Relaciones entre directivos, administradores y accionistas:

Los códigos de conducta que se refieren a las relaciones entre los directivos, administradores y los accionistas son probablemente los que más se conozcan en el medio empresarial, precisamente porque fueron los primeros que empezaron a difundirse en Estados Unidos. También conocidos como códigos de gobierno, surgen para “resolver el problema típico de relaciones principal-agente existente entre los propietarios de la empresa y sus gestores”⁵³.

Dentro de este tipo de códigos de conducta pueden darse varios modelos, los orientados a los intereses de los accionistas (*standard shareholders oriented model*) o bien los inclinados a la protección de los grupos de interés (*stakeholders model*) que no es más que una combinación de modelos que fueron propuestos con anterioridad, específicamente el modelo centrado en brindar potestades discrecionales a la dirección de la empresa (*manager-oriented model*) y el modelo basado en la participación de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones (*labor-oriented model*).⁵⁴

De estos dos modelos, el que ha tenido mayor acogida como línea a seguir por las empresas para implementar sus códigos de conducta sobre gobierno corporativo, es el

standard shareholders oriented model, que no significa una desprotección a los intereses de los *stakeholders*, pero que sí prima los intereses de los accionistas.⁵⁵ Normalmente este tipo de códigos contemplan medidas tales como el nombramiento de directores independientes dentro del consejo de administración, desarrollo de comités de control (ej. auditoría), restricciones o procedimientos para realizar operaciones vinculadas, rendimiento de informes etc.

Este es precisamente el tipo de códigos que trataremos con amplitud en el Capítulo II.

b- Relaciones con los consumidores

Este tipo de códigos de conducta son suscritos normalmente por empresas o profesionales para definir el comportamiento que estos tendrán tanto en sus relaciones con los competidores como con los consumidores.⁵⁶ En criterio de CAVANILLAS MÚGICA, este tipo de códigos son utilizados por el empresario para crear confianza en el consumidor e influir en su conducta económica. Esta especial característica tiene como resultado que el consumidor puede exigir al empresario el cumplimiento de lo ofertado dentro del código de conducta y que a su vez el empresario deberá de guardar en la elaboración y difusión del código de conducta los mismos cuidados que en la publicidad.⁵⁷

53 ZORNOZA PÉREZ. Óp. Cit. p.60.
54 HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. The End of History for Corporate Law. 2000. [En línea]. Disponible en The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=204528 [Consulta: 5 de mayo de 2012].
55 Ídem.
56 CARLEO ROSSI, Liliana. Codici di condotta e tutela dei consumatori. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.233.
57 CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.238.

4.2. Clasificación por objetivos

Una segunda clasificación de los códigos de conducta podría ser por objetivos, ya hemos hecho referencia en la sección anterior a que los códigos de conducta pueden clasificarse por los sectores a los que se dirige, no obstante, otra forma de catalogarlos podría ser por los objetivos que éstos persiguen.

No pretendemos ahondar en todos los objetivos que buscan proteger o normar los códigos de conducta, no obstante, existen dos grandes temas que podríamos destacar: la protección del medio ambiente y el fomento del crecimiento países en vías de desarrollo.

a- Protección del medio ambiente

La concienciación sobre la importancia de los temas ambientales ha crecido de forma importante desde los años 70 y en los últimos años se ha extendido la utilización de mecanismos de autorregulación como códigos de conducta para tratar estos temas. En Europa, incluso se ha dado una tendencia a buscar la co-regulación (Estado-sujetos privados) en este ámbito.⁵⁸

Uno de los factores que podría mencionarse para el crecimiento de la autorregulación en materia ambiental, es la búsqueda de la industria de satisfacer al consumidor,

toda vez que en Estados Unidos, Japón y Europa en general, ha sido creciente la demanda del consumidor por productos y procesos de producción amigables con el medio ambiente.⁵⁹

Sin embargo, a pesar de la creciente popularidad de los códigos de conducta en materia ambiental, estos siguen siendo adoptados mayoritariamente por industrias químicas, forestales, petroleras y mineras⁶⁰, en donde existe un mayor impacto ambiental. Siendo que otras industrias como las de servicios que también representan un impacto ambiental, aunque menor, han omitido el tema ambiental por considerar que no está relacionado con su giro de negocios.⁶¹

En este ámbito debemos señalar que muchos de los códigos de conducta en materia ambiental no se refieren de forma exclusiva a este tema, sino que más bien lo enlazan con el concepto de desarrollo sostenible, que es una visión mucho más integral. Al respecto podemos señalar algunas iniciativas internacionales que recogen principios de esta naturaleza, como lo son la Carta de la Tierra que inició como un proyecto de Naciones Unidas pero culminó como un proyecto de la sociedad civil⁶² y Global Compact que es un proyecto auspiciado por Naciones Unidas.⁶³ Estos instrumentos comprenden temas que van

58 VAN GESTEL, Rob. Self-regulation and environmental law. EJCL. Vol. 9.1. Enero 2005. [En línea] Disponible en web: <http://www.ejcl.org/91/art91-4.html> [Consulta: 7 de mayo de 2012].

59 PRATT, Lawrence y ROJAS, Edgar. Programas ambientales en bancos: una evaluación. Noviembre 2001. p.9. [En línea]. Disponible en web: http://www.ecobanking.com/EN/productos/evaluacion/CEN_770.pdf [Consulta: 8 de mayo de 2012].

60 JENKINS, Rhys. Óp. Cit.

61 Al respecto podemos mencionar que un estudio realizado en 86 bancos latinoamericanos en el 2001, demostró que solamente el 10% de los bancos analizados había adoptado un código ambiental o políticas similares. PRATT, Lawrence et al. Óp. Cit.

62 Sobre este tema véase: <http://www.earthcharterinaction.org/contenido/>

63 Al respecto se puede consultar: <http://www.unglobalcompact.org/>

desde la integridad ecológica hasta la justicia socio económica.

b- Fomento del crecimiento de países en sub-desarrollo

Este objetivo que podríamos describir como general, a su vez puede dividirse en varios objetivos más específicos según el tipo de código de conducta de que se trate. Así por ejemplo, podemos hablar de políticas para prevenir la explotación sexual comercial de personas menores de edad, al respecto hemos señalado la iniciativa que se ha dado por la Organización Mundial del Turismo para invitar a la industria turística a firmar un código de conducta en este sentido. Políticas para prevenir la explotación laboral, con especial protección a grupos sensibles como es la niñez; o bien políticas mucho más amplias como lo que se ha denominado “comercio justo”, que abarca algunos de los temas que hemos señalado, siendo uno de los principales puntos diferenciadores es la propuesta el pagar precios justos por materias primas y productos provenientes de países menos desarrollados.⁶⁴

Algunos de estos temas incluso podrían entenderse contemplados en instrumentos sobre desarrollo sostenible a los que hemos hecho referencia en el acápite anterior, no obstante lo normal es que los temas

ambientales suelen ser desarrollados en instrumentos por aparte, no sólo debido a la naturaleza técnica de algunas de las recomendaciones, sino a lo sensible que el tema que regulan.

4.3. Clasificación por su nivel de difusión

Con respecto al nivel de difusión, podemos clasificar los códigos de conducta en internos y externos⁶⁵, o bien en públicos (disponible para consulta del público en general) o privados. Es común que cuando los códigos de conducta son privados, estos sean de carácter individual, es decir es el compromiso del propio interesado (empresa) de establecer pautas de conducta por y para sí. Así también, es frecuente que cuando los códigos de conducta son públicos, sean generados por iniciativas colectivas, asociaciones gremiales o de otra índole, aunque en la actualidad no son pocas las empresas que elaboran sus códigos de conducta de forma absolutamente voluntaria e individual y opten por su difusión.

Las razones por las que las empresas deciden que sus códigos de conducta sean difundidos al público en general son variadas. Los códigos de conducta externos, generan un mayor nivel de compromiso con otras partes involucradas, como podrían ser los consumidores, proveedores y otros

64 Sobre este punto se puede señalar la iniciativa del World Fair Trade Organization (WFTO) para promover el comercio justo a nivel mundial mediante y propone la adhesión a un Código de Práctica que abarca temas como el pago de un precio justo, la protección del medio ambiente, la igualdad de oportunidades en el empleo, entre otras. Al respecto puede consultarse el código completo en: http://www.wfto.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=48&Itemid=99999999

65 Sobre el uso de esta terminología es menester señalar que autores como SIERRA HERNÁIZ han usado esta clasificación para distinguir los sujetos destinatarios de las obligaciones establecidas por los códigos de conducta, los internos establecen obligaciones para el ámbito de la empresa (empleados y directivos) y los externos establecen obligaciones para terceros (por ejemplo, proveedores). SIERRA HERNÁIZ, Elisa. Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 232.

stakeholders, ya que precisamente su difusión pretende tener también un efecto de publicidad. En algunas áreas, incluso la difusión de ese código de conducta puede ser vital para generar confianza en el consumidor, este es el caso de los códigos de conducta en el ámbito digital en donde la adopción de este tipo de instrumentos representa un “compromiso” con el usuario, que le garantiza estándares mínimos de cuidado.⁶⁶

Así también, en ámbitos en los que la transparencia y la información son fundamentales como en el caso de las entidades que cotizan en el mercado de valores, la difusión del código de conducta se convierte en una garantía más para el inversionista. No basta ya con informar de los hechos relevantes que puedan influir en el comportamiento de los precios en la bolsa, sino que es conveniente dar información sobre los aspectos que puedan repercutir en el buen gobierno de la empresa y por ende sus resultados.⁶⁷ En algunos casos incluso, la decisión de difundir el código de conducta no es voluntaria, sino que se ha visto obligada por la normativa vigente.⁶⁸

Por otro lado, entre las razones que pueden tener las compañías para no difundir sus códigos de conducta puede estar el hecho de que su giro de negocio no requiera un

contacto directo con el público en general y que por lo tanto no pretendan “garantizar” a los consumidores la integridad de su conducta en materia ambiental, laboral, trato con proveedores, etc. O bien, en casos de códigos sobre buen gobierno, que se trate de empresas de menor tamaño (PYMES) y/o de naturaleza familiar, que no estén interesados en revelar sus políticas internas, aunque sí en mejorar la gestión, establecer controles en la empresa, garantizar la sucesión del negocio o bien acceder a financiamiento⁶⁹.

Capítulo II- Códigos de Conducta referidos aspectos de gobierno de las sociedades

Sección I- Los códigos de conducta en las sociedades mercantiles

En el Capítulo I hemos establecido una definición de lo que entendemos por códigos de conducta, no obstante, podríamos decir que éstos son el género y los códigos de conducta sobre aspectos de gobierno o códigos de gobierno corporativo una de sus especies. Por ello, conviene que nos adentremos en dilucidar el concepto de este tipo de instrumentos y sus particularidades. Lo primero que debemos decir es que el término “gobierno corporativo” proviene de

la terminología anglosajona que denomina a este tipo de documentos como *corporate governance*, que corresponde a una analogía del gobierno de los Estados con el gobierno de las sociedades.⁷⁰

En el pasado, en Estados Unidos primordialmente, la titularidad de las acciones de las sociedades mercantiles estaba dividida entre un grupo de accionistas mayoritarios con amplio control y otros accionistas minoritarios sin posibilidades de ejercer control en la sociedad (*corporate feudalism*). Esta situación paulatinamente fue cambiando y en la actualidad existe una tendencia a la democratización de las sociedades (*shareholders democracy*) en la que busca darse mayor capacidad de control a los accionistas minoritarios.⁷¹

En la búsqueda de equilibrio de los distintos intereses existentes en las sociedades mercantiles, se han generado distintos modelos sobre el gobierno de las empresas. Como hemos referido en el capítulo anterior, en materia de códigos de gobierno corporativo existen básicamente dos tendencias generales, el *standard shareholders oriented model* y el *stakeholders oriented model*, siendo que el primero estará enfocado en proteger los intereses de los accionistas y el segundo en los intereses de los *stakeholders*.

Los códigos de gobierno corporativo orientados hacia los *stakeholders* se subdividen en dos vertientes, una en la que el consejo de administración es el llamado a velar por los intereses de estos *stakeholders* (basado en el *fiduciary model*⁷²) y otro en el que esos intereses procuran directamente por los *stakeholders* mediante el nombramiento de uno o dos puestos del consejo de administración. Ambas vertientes han sido criticadas por presentar como inconveniente el entorpecimiento del proceso de decisión de la compañía, en el primer caso porque es probable que al final la alta dirección busque conseguir la forma de que sus intereses prevalezcan y en la segunda, porque la presencia obligatoria de representantes de los *stakeholders*, por sí puede entorpecer la toma de decisiones.⁷³

Por su parte, el modelo basado en los accionistas (*shareholders oriented model*) parte del principio de que la gerencia de la empresa a quien debe ‘rendir cuentas’ es a los accionistas, lo que no significa que los *stakeholders* no deban ser tomados en consideración, pero el modelo considera que para ello simplemente se deben cumplir con los mecanismos legales previstos, como podría ser la aplicación de las normas laborales para regir las relaciones entre el empleador y los empleados.⁷⁴

66 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL. Espacio Digital y Autorregulación. Óp. Cit. p. 162.
67 CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, Antonio. *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*. Las Rozas (Madrid): La Ley. 2005. p.12.
68 Este es el caso de Costa Rica en donde el Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN- SUGESE exige a las entidades supervisadas que publiquen tanto el Código de Gobierno Corporativo como el informe anual de Gobierno Corporativo. Normalmente esta difusión se realiza por medio de la página web corporativa.
69 En el caso de las PYMES es hasta hace muy poco que se ha empezado a hablar de la importancia del gobierno corporativo, en Europa solamente hay 7 mil empresas cotizadas, frente a 21 millones de PYMES, cifra que hace trascendental la inclusión de estas empresas en temas de gobierno corporativo. A raíz de la crisis de 2008 el financiamiento, cada vez más escaso y comedido, pone sobre el tapete también esta necesidad. Véase: Conclusiones más relevantes de la 9na Conferencia Europea de Gobierno Corporativo. EGCI. Madrid. 2010. p.9. [En línea]. Disponible en web: http://www.ecgi.org/presidency/background/2010_madrid_executive_summary_es.pdf [Consulta: 15 de mayo de 2012].

70 El término corporate governance se le atribuye a Richard Eells quien fue el primero en utilizarlo en 1960, referido por: BECHT, Marco, BOLTON, Patrick y Röel, Ailsa. *Corporate Governance and Control*. ECGI. Finance Working Paper Nº 2/2002. p. 2. [En línea] Disponible en web: http://ssrn.com/abstract_id=343461. [Consulta: 22 mayo de 2012].
71 BECHT, Marco et al. Óp. Cit. p. 9.
72 El *fiduciary model* es aquel que se encuentra basado en los *fiduciary duties* u obligaciones de confianza, entendidas como la honestidad y la buena fe en el desempeño del cargo por parte de los directores del consejo de administración, como actuaciones concretas se pueden enunciar: (i) actuar en relación con lo que el director cree que es el mejor interés de la compañía, (ii) ejercer sus poderes para el propósito para el que fueron conferidos y (iii) no colocarse en una posición en la que sus intereses personales y los de la compañía puedan entrar en conflicto. PROCTOR, Giles y MILES, Lilian. *Corporate Governance*. Londres: Cavendish Publishing Limited. 2002. p.5.
73 Hansmann et al. Óp. Cit. p.7.
74 Ídem.

Ambos modelos, tanto el basado en los intereses de los *stakeholders*, como el orientado en los intereses de los accionistas, han sido implementados en distintos países como opciones de gobierno corporativo, no obstante, se puede decir que el modelo imperante al menos en Norteamérica, Europa (la mayor parte) y Japón es el último de ellos,⁷⁵ siendo que quizá los casos más representativos de modelos que toman en consideración los intereses de los *stakeholders* (específicamente los trabajadores) se presentan en Alemania,⁷⁶ Austria y países Escandinavos.⁷⁷

Así por ejemplo, la definición de gobierno corporativo que realiza el UK Code on Corporate Governance, indica que el gobierno corporativo es la forma en cómo las compañías son dirigidas y controladas, el consejo de administración es el responsable del gobierno de la sociedades, y el rol de los accionistas el de nombrar los miembros del consejo de administración y auditores apropiados para esa labor. En su tarea, el consejo de administración deberá velar por establecer la estrategia de la compañía, desarrollar el liderazgo para llevarla a cabo, supervisar la administración del negocio y reportar a los accionistas sobre la tarea encomendada.⁷⁸ Es decir, claramente el modelo está basado primordialmente en proteger los intereses de los accionistas, a

quienes el consejo de administración debe reportar sobre su gestión. No obstante lo anterior, es interesante como en el caso de los británicos, su modelo societario en general ha adoptado un sano equilibrio entre los intereses de los accionistas y los de los *stakeholders*, así por ejemplo la reforma que se dio en materia societaria con la promulgación del *Companies Act* en el 2006, introdujo cambios orientados a que los administradores promuevan el éxito de la compañía para el beneficio de sus miembros como ‘un todo’, para ello deberán tomar en consideración las relaciones con empleados, proveedores, clientes, comunidad etc. (*Section 172*). Se redirecciona así el *shareholders primacy principle*, tomando en cuenta los intereses de otros grupos vinculados a la compañía.⁷⁹

En forma similar en Costa Rica, también se ha elegido seguir un modelo de gobierno corporativo basado primordialmente en los intereses de los accionistas. En este sentido, podemos señalar la definición de gobierno corporativo dada por el Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE vigente en el país, que omite mención alguna a los *stakeholders* y se enfoca principalmente en la relación de los accionistas con otros órganos y figuras de la sociedad: “Conjunto de políticas, normas y órganos internos mediante los

75 Ídem.

76 BECHT, Marco et al. Óp. Cit.

77 Institute of Directors. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK. p.15. [En línea] Disponible en web: <http://press.iod.com/2010/11/22/corporate-governance-guidance-for-unlisted-companies-launched-by-iod/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

78 FINANCIAL REPORTING COUNCIL. UK Code on Corporate Governance. p. 1. [En línea] Disponible en web: http://www.frc.org.uk/documents/paganager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf [Consulta: 26 de mayo de 2012].

79 FELIÚ REY, Jorge y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. La proyectada reforma del Derecho de Sociedades en el Reino Unido: Companies Bill. *Derecho de los Negocios*. N° 194. Noviembre 2006. pp.25-34.

cuales se dirige y controla la gestión de una entidad. Comprende las relaciones entre los accionistas o asociados, la Junta Directiva u órgano equivalente, ejecutivos, sus comités de apoyo, las unidades de control, la gerencia y las auditorías interna y externa.”

Es probable que el hecho de que el modelo más desarrollado de gobierno corporativo sea el que prima los intereses de los accionistas, se deba a que los códigos de gobierno corporativo hasta ahora han sido desarrollados casi de forma exclusiva para sociedades que cotizan en bolsa o bien, para sociedades supervisadas estatalmente. Un ámbito en donde la transparencia cobra un carácter vital, y donde suelen presentarse dos importantes problemas para el gobierno de las sociedades, la dispersión de accionistas y la dificultad en lograr que los distintos intereses de los grupos pertinentes se vean representados.⁸⁰ En estas circunstancias, el modelo ha pretendido evitar la concentración de poder en la dirección de la empresa, sujetándola a sistemas de control y fiscalización, y establecer mecanismos para que esos gestores de la empresa, protejan los intereses de los accionistas por encima de los propios.⁸¹

Sin embargo, a pesar de que el *shareholders oriented model* ha tenido mayor preponderancia hasta ahora, desde hace unos años ha habido iniciativas en algunos países para crear modelos dirigidos hacia

empresas no cotizadas, en donde los *stakeholders* cobran un rol más protagónico, aunque no podemos hablar de que se cumpla el *stakeholders oriented model* a cabalidad.

Sobre este tema es menester mencionar el Código Buysse, que surge como una iniciativa en Bélgica en el año 2005 (posteriormente remozado en el 2009) y que tiene una serie de recomendaciones en materia de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas. Dentro de estas recomendaciones llama la atención que se incluyen una serie de disposiciones (Sección 2) para la que las empresas mantengan su atractivo para los *stakeholders* (internos y externos) y de esta forma preservar la continuidad de la empresa, así como una sección dedicada a la responsabilidad social corporativa (Sección 3), en donde se plantea que en las compañías no cotizadas, los valores personales y la responsabilidad de la dirección, están muy ligados a la empresa, por lo que es importante la responsabilidad social corporativa se convierte en parte esencial de la política de la empresa.⁸²

Independientemente de cuál sea el modelo de gobierno corporativo que se implemente, éste puede representar enormes beneficios no solamente para las sociedades cotizadas, sino también para el común de las empresas, fundamentalmente en la mejora de la gestión y en la imagen que puedan tener determinados *stakeholders* (posibles

80 BECHT, Marco et al. Óp. Cit. p.11.

81 CONTHE menciona extrae estos principios del gobierno corporativo al realizar un interesante paralelismo entre el movimiento a favor del buen gobierno corporativo en las sociedades cotizadas, con los debates de Teoría Política sobre la buena organización de la Sociedad y el poder político; en éste compara a los gestores de la empresa con los gobernantes de un país y a los ciudadanos con los accionistas. CONTHE, Manuel. El buen gobierno de las sociedades. *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N° 3. 2005 p. 1864.

82 CODE BUYSSE II. Corporate Governance for Non-listed Companies. [En línea] Disponible en web: <http://www.codebuysse.be/downloads/Code%20Buysse%20II%20-%20English%20version.pdf> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

financiadores, empleados, consumidores y la comunidad) sobre la empresa.⁸³ La tarea pendiente por lo tanto, se encuentra en lograr extender los beneficios de la implementación de este tipo de instrumentos al resto de las sociedades.⁸⁴

Sección II – El órgano emisor y procedimiento de aprobación

Los Códigos de Gobierno Corporativo pueden clasificarse en distintos grupos de conformidad con el órgano emisor de dicho código y el procedimiento de aprobación del código de la empresa, al respecto SIERRA HERNÁIZ distingue las siguientes clasificaciones para los códigos de conducta en general:⁸⁵

- a- *Business codes* (códigos de empresa): son los códigos desarrollados y aplicados directamente por una empresa.
- b- *Subscription codes* (códigos de suscripción): son códigos que se elaboran externamente y que las empresas pueden adoptar íntegramente.
- c- *Model codes* (códigos modelo): son códigos orientativos elaborados externamente, que sirven de base para que las empresas puedan adoptar los propios.

En el ámbito de gobierno corporativo, es más común encontramos con *business*

codes o *model codes*, ya que por el tipo de regulaciones que incluyen este tipo de textos es difícil que se den *suscription codes*, toda vez que el gobierno de las sociedades debe ser adaptado a las particularidades de cada empresa, de acuerdo con su tamaño, su giro comercial, si cotiza en bolsa o no, etc. Adherirse por lo tanto al texto íntegro de un código de gobierno corporativo, es bastante improbable, salvo que se trate de iniciativas reducidas a grupos de empresas con características muy similares.

No obstante lo anterior, en lo aplicable, utilizaremos esta clasificación como base para el análisis del órgano emisor y del procedimiento de aprobación de los códigos de gobierno corporativo.

2.1. El órgano emisor

En cada uno de los modelos descritos anteriormente, el órgano emisor es distinto, así por ejemplo en el caso de los *business codes* el órgano emisor será la propia empresa que diseña y emite el código de conducta y en el caso de los *suscription codes* y *model codes*, el órgano emisor normalmente será un tercero con relación a la empresa y que reviste una naturaleza variada. Al respecto podemos señalar que un estudio comparativo realizado en el 2002 sobre los principales códigos de gobierno corporativo de los miembros de la Unión Europea señaló que en los códigos

estudiados (35 en total) se presentaban los siguientes tipos de emisores:⁸⁶

- Instituciones gubernamentales o cuasi-gubernamentales.
- Comisiones nombradas por los gobiernos.
- Órganos relacionados con las bolsas de valores.
- Comisiones híbridas entre las bolsas de valores y empresarios, la industria, inversionistas o asociaciones académicas.
- Asociaciones de empresarios, industriales o académicos.
- Asociaciones de directores
- Varios tipos de grupos de inversionistas

En la gran mayoría de los códigos analizados, el cumplimiento del código es completamente voluntario y solamente en algunos de ellos se indica que aunque el cumplimiento es voluntario, en caso de incumplir se deben rendir explicaciones. Así también, la mayoría de estos códigos, al ser de naturaleza voluntaria y brindar lineamientos sobre el gobierno corporativo, encuadran bajo la clasificación de *model codes*, quedando en manos de las empresas la adopción de las medidas que consideren pertinentes. Es importante destacar que de

conformidad con la metodología del estudio, los *business codes* individuales, quedaron fuera de análisis por ser complejo recabar la información, no obstante si consideramos los códigos de gobierno corporativo emitidos por inversionistas como *business codes*, su representación dentro del total analizado es significativa (ascienden a 11).⁸⁷

En relación con los *model codes*, que son el tipo más frecuente de código, como ejemplo de iniciativa internacional podemos citar los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE 2004, que constituyen un modelo orientativo tanto para los Estados como para las empresas (principalmente las cotizadas) sobre medidas de gobierno corporativo que pueden ser adoptadas en la normativa nacional –en el caso de los Estados- o en el ámbito empresarial. Su adopción es completamente voluntaria y por ser una iniciativa de carácter internacional, no es un documento taxativo, sino que está orientado precisamente a ser desarrollado por los sujetos interesados.⁸⁸

En el ámbito nacional, en España por ejemplo, el Código unificado de buen gobierno para sociedades cotizadas podría encuadrar bajo la categoría de código modelo, ya que pretende servir de guía sobre aspectos de buen gobierno para estas sociedades. Tal y como lo establece la sección de principios básicos, una de las características del código es la voluntariedad, las sociedades cotizadas son libres de cumplir o no las recomendaciones del código, no obstante

83 INSTITUTE OF DIRECTORS. Óp. Cit. p.12.
84 Sobre este tema ya en el año 2005 algunos autores hablaban sobre la necesidad de hacer un esfuerzo por investigar y difundir los mecanismos para mejorar la gestión de las empresas que no cotizan. CASADO, Fernando. Un enfoque distinto para el buen gobierNº *La ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 3. 2005. p. 1870.
85 SIERRA HERNÁIZ, Elisa. Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 231.

86 COMISIÓN EUROPEA. Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States. Enero 2002. p.16. [En línea]. Disponible en web: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/corpgov/corp-gov-codes-rpt-part1_en.pdf [Consulta: 27 de mayo de 2012].
87 Ídem.
88 OECD. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD. Óp. Cit.

en caso de no cumplir, deben rendir explicaciones.⁸⁹ Sobre el modelo seguido en España, es importante destacar que las empresas no tienen obligación de elaborar a lo interno de la sociedad un documento que englobe todas las normas que consideren pertinentes del Código, sino que implementan las recomendaciones según corresponda, mediante la modificación de los estatutos sociales, incluyendo las medidas en la celebración de las juntas generales de accionistas, mediante la adopción de pactos parasociales y/o adoptando reglamentos internos que incorporen dichas recomendaciones.

Similar orientación tiene el UK Corporate Governance Code, que tiene carácter voluntario (los británicos acuñaron la máxima *comply or explain*), y que establece lineamientos generales que deben cumplir las empresas en materia de gobierno corporativo. Resulta interesante el planteamiento del Código británico en cuanto a la estructura que desarrolla para los lineamientos, siendo que en todos los casos establece principios fundamentales y secundarios (*main and secondary principles*) y el clausulado correspondiente (*provisions*); en caso de que las compañías consideren que no pueden adoptar el clausulado por no ser aplicable a la empresa, podrán adoptar medidas que contengan el principio fundamental incluido en el Código.⁹⁰

En Costa Rica el sistema imperante para sociedades cotizadas también es de código

modelo, no obstante a diferencia de los casos citados anteriormente, sí existe la obligación para cada empresa de adoptar un documento que englobe las medidas de gobierno corporativo. Es decir, cada sociedad deberá de adoptar su propio código de gobierno corporativo, que aunque tendrá que cumplir con los elementos esenciales del modelo orientativo, podrá ampliarse a conveniencia por las empresas, pudiendo incluso bajo este supuesto tener matizaciones de un *business code*.

Como mencionamos brevemente en el acápite anterior, en materia de sociedades no cotizadas existen algunas iniciativas de *model codes*, además del Código Buysse, están las desarrolladas por Institute of Directors (IoD) que emitió un documento denominado Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK y el European Confederation of Director's Association (ecoDa) que emitió un documento de naturaleza similar llamado Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe.⁹¹

Como hemos reseñado, en el área de los *model* y *subscription codes* los órganos emisores pueden tener naturaleza diversa, abarcando los ámbitos gubernamentales y privados. En el caso de los *business codes*, estos se generan enteramente en el ámbito privado, específicamente el societario, no obstante es difícil determinar un elemento común en cuanto al órgano emisor. Sobre este punto podemos citar la situación de Costa Rica, que aunque para el caso

de sociedades cotizadas existe un *model code*, debido a que el mismo tiene que ser a su vez transformado en un código interno para cada empresa, existe una disposición expresa sobre el órgano societario que debe aprobar este tipo de documentos.

El artículo 4 del Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE, dispone que el órgano encargado de aprobar el Código de Gobierno Corporativo es a lo interno de la empresa la Junta Directiva o el órgano equivalente⁹², sin embargo el Reglamento es omiso sobre quién debe ser a lo interno de la sociedad el órgano encargado de la elaboración del código. Si bien el Reglamento aporta los contenidos mínimos para la elaboración del código, lo cierto es que estos necesitan ser matizados para cada entidad en concreto, de lo contrario el propósito del código se desvanecería. En la práctica suelen ser los asesores legales (internos o externos) de la sociedad los que elaboran el código, en conjunto con la administración de la sociedad, y posteriormente lo someten a aprobación de la junta directiva.

La regulación existente en Costa Rica para sociedades cotizadas y supervisadas en donde se encomienda la tarea de aprobar el código de gobierno corporativo a la junta

directiva abre la interrogante de cuál sería el órgano encargado de este procedimiento en el caso de las sociedades no cotizadas. En el caso de sociedades no cotizadas que estén constituidas en la forma de sociedad anónima, la cuestión es sencilla de resolver, ya que podría ser la misma junta directiva la que apruebe el código de gobierno corporativo,⁹³ sin embargo, en el caso de empresas que utilicen otras formas de organización en donde la figura de la junta directiva no existe (como es el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en Costa Rica), la situación queda sin duda sin zanjar.

Similar problema se enfrenta en las sociedades no cotizadas a nivel general en donde se da una amplia variedad de formas sociales para operar, que abarcan figuras similares a las sociedades tipo *partnerships* (sociedades comanditarias), de responsabilidad limitada y *joint stock companies* (sociedades por acciones).⁹⁴

Si bien en principio en el caso de los *business codes*, el órgano emisor y del código de conducta debería de quedar a la libre elección de la sociedad, su decisión podría tener importantes repercusiones en la exigibilidad del código de gobierno corporativo, por lo que analizaremos este tema en el Capítulo III.

89 COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. Código unificado de buen gobierno [En línea] Disponible en web: <http://www.cnmv.es/Portal/~/-/verDoc.axd?t={95a1c6ba-d526-41cb-95fb-ed767424ab86}> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

90 FINANCIAL REPORTING COUNCIL. UK Code on Corporate Governance. p. 1. [En línea] Disponible en web: http://www.frc.org.uk/documents/paganager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf [Consulta: 26 de mayo de 2012].

91 ECODA. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe [En línea]. Disponible en web: http://www.ecoda.org/docs/ECODA_WEB.pdf [Consulta: 27 de mayo de 2012].

92 De conformidad con el Código de Comercio de Costa Rica (Artículo 181) la Junta Directiva es un órgano colegiado compuesto como mínimo por tres miembros, Presidente, Secretario y Tesorero, cuyas funciones son equivalentes a las del Consejo de Administración en España. De conformidad con las leyes especiales que rijan la actividad que desempeñe la sociedad, la Junta Directiva deberá de integrarse de forma distinta a lo estipulado en el Código de Comercio, así por ejemplo la Ley Reguladora del Mercado de Seguros N° 8653 (Artículo 9) indica que la Junta Directiva de las entidades aseguradoras deberá de tener cinco miembros.

93 En este sentido es importante destacar que el artículo 188 del Código de Comercio indica que el consejo de administración tiene como atribución el dictar los reglamentos de la sociedad, por lo que si se interpreta de forma amplia esta disposición podría entenderse que comprende la facultad de dictar códigos gobierno corporativo.

94 OECD. Corporate Governance of non-listed companies in emerging markets. 2006. p.9. [En línea] Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/11/37190767.pdf> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

2.2 Procedimiento de Aprobación

El procedimiento de elaboración y de aprobación de los códigos de conducta varía según el tipo de código de que se trate, así por lo tanto, en el caso de los *suscription* y *model codes*, el procedimiento de elaboración y aprobación dependerá fundamentalmente de la naturaleza del órgano emisor.

En el estudio realizado por la Comisión Europea y al que hemos hecho referencia en el acápite anterior, se menciona que en la mayoría de los códigos analizados (alrededor del 55%) el órgano emisor recibió contribuciones de grupos de industriales, ejecutivos de empresa, órganos gubernamentales, órganos reguladores y grupos de inversionistas. Para recibir estas contribuciones, alrededor de un 28% de los órganos emisores, utilizaron como mecanismo de consulta la publicación de un borrador del código, la recepción de comentarios y sugerencias, y la posterior inclusión de los mismos en la versión final; en los casos restantes, el órgano emisor invitó a participar del proceso de redacción a expertos concretos en el tema.

En relación con los *business codes*, al igual que hemos dicho que el órgano emisor del código de conducta se deberá decidir en el ámbito societario, el procedimiento de aprobación dependerá de esa elección. En el caso de Costa Rica, el Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE no menciona ninguna formalidad o procedimiento específico que deba seguirse para la aprobación del código de conducta, por lo que partiendo

95 ECODA. Óp. Cit. p. 12.

de esa libertad que otorga el Reglamento, lo lógico y usual es que el Código de Gobierno Corporativo preparado por la empresa se someta a conocimiento de la junta directiva –órgano emisor determinado por el Reglamento- con alguna anticipación razonable y que ésta lo ponga en agenda para su próxima reunión ordinaria o bien que se convoque a una reunión extraordinaria para tales efectos.

La aprobación del Código de Gobierno Corporativo deberá de constar por lo tanto, en las actas de reunión de la Junta Directiva y deberá de ordenarse su posterior publicación en el sitio web oficial de la empresa.

Sección III- Contenido mínimo del código

A pesar de que como hemos dicho los códigos de gobierno corporativo han sido mucho más desarrollados para sociedades cotizadas, en esta sección procuraremos centrarnos en los contenidos mínimos que deben tener este tipo de documentos para sociedades no cotizadas y no supervisadas, con una especial referencia a medidas para empresas familiares.

3.1. Papel de los Accionistas

Las sociedades no cotizadas a diferencia de las cotizadas, no suelen tener un número significativo de accionistas minoritarios, sino que por el contrario el capital social tiende a estar en propiedad y control de individuos en su condición personal o de coaliciones de miembros de un mismo grupo familiar.⁹⁵ Estas características, sin duda hacen que el papel

de los accionistas en el gobierno corporativo para las sociedades no cotizadas, deba plantear particulares condiciones.

De conformidad con el Código Buyse, con el fin de poder plantear estrategias a largo plazo la empresa debe tener accionistas que:

- Estén dispuestos en entrar en una relación de negocios a largo plazo.
- Tengan una visión estable de la sociedad.
- Estén preparados para dejar la administración y supervisión de la sociedad en manos de órganos calificados.

En relación con este último rubro, ECODA también indica en los principios para compañías no listadas en la bolsa, que el origen de la autoridad en una sociedad es la titularidad accionaria, no obstante toda compañía alcanza un punto en el que no es posible para el accionista ejercer el rol de accionista, director y administrador. Con base en lo anterior el papel de los accionistas que debe ser contenido en este tipo de códigos debería estar enfocado a definir la visión y valores de la empresa, fijar los objetivos financieros, nombrar la junta directiva y establecer sus compromisos como accionistas con relación a la empresa.⁹⁶

Adicionalmente, es importante que el código de gobierno corporativo establezca claramente el derecho de información que tienen los accionistas, si bien en este

tipo de sociedades el accionariado suele estar mucho más concentrado, esto no necesariamente se traduce en acceso directo a la información, por lo que el código debe de establecer mecanismos para mantenerse informado sobre el acontecer de la sociedad.

Finalmente es importante destacar la conveniencia de establecer pactos parasociales (*shareholders agreements*) entre los accionistas de este tipo de sociedades, que detallen sus derechos y sus obligaciones. Las sociedades no cotizadas, por naturaleza tienden a tener una naturaleza cerrada, por lo que es recomendable establecer mediante este tipo de pactos los supuestos en los cuales se pueden transmitir las acciones, el procedimiento que se debe seguir, aspectos sobre el precio de las acciones, entre otros.⁹⁷ Por otro lado siendo que los accionistas de las sociedades no cotizadas en algunos casos comparten un vínculo familiar, es conveniente que los pactos estipulen además protecciones especiales para los miembros de la familia ante eventuales socios no familiares.⁹⁸

3.2. Consejo de Administración

Como se ha mencionado en el punto anterior, una de las principales funciones de los accionistas es seleccionar el consejo de administración y establecer las tareas que éste órgano debe realizar. El consejo de administración es el principal órgano encargado de la toma de decisiones en la sociedad y por lo tanto tiene una amplia gama de atribuciones.

96 CODE BUYSE II. Óp. Cit. p. 23
97 Ídem.
98 GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel. Relaciones Familia- Empresa. En: OLIVAS MARTÍNEZ, José Luis (Prologuista). *Recomendaciones sobre el Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra: Thomson – Civitas. 2006. p. 48.

El consejo de administración como parte de sus funciones debe establecer cuál será la estructura, la estrategia y el perfil de riesgo a seguir por la compañía. Así también el consejo de administración debe de seleccionar a los administradores de la sociedad, delegarles funciones y darle seguimiento a su desempeño.⁹⁹

En materia de gobierno corporativo el papel del consejo de administración se ha criticado por cuanto en muchas sociedades existen miembros del consejo que participan también activamente en la gestión de la empresa. Esta doble condición que ostentan muchos miembros del consejo de administración (como consejero y administrador, en sentido práctico), pone en duda la capacidad de supervisión que puede tener un órgano cuando los mismos miembros después ejecutarán las decisiones tomadas por éste. Ante esta situación, una de las propuestas que cobra más fuerza en materia de gobierno corporativo es integración de consejeros independientes en los consejos de administración,¹⁰⁰ que no formen parte de la administración, ni tengan condición de accionistas.¹⁰¹ De esta forma se logra dar un giro a la visión tradicional del consejo de administración (de gestión y administración)

y se le orienta más hacia la supervisión de los administradores, lo cual constituye una apuesta por el sistema monista de administración de facultades.¹⁰²

El código de gobierno corporativo deberá por lo tanto contemplar, no solamente las funciones que debe tener el consejo de administración, sino los atributos que deberán tener los miembros del consejo, cobrando particular importancia la posible existencia de miembros independientes que reúnan las condiciones arriba descritas. El papel de estos consejeros independientes (en el mundo anglosajón se ha usado el término de *outside directors*), será por lo tanto, el de brindar asesoría imparcial, fomentar la labor de reporte a los accionistas y aportar toda su experiencia y colaboración a la sociedad.¹⁰³

Aunado a lo anterior, es recomendable que la junta directiva nombre un presidente, así como un director ejecutivo (también conocido como *Chief Executive Officer ‘CEO’* o *Managing Director*), esta figura, que no es tan común a los países de tradición civilista, lo que pretende es ser un canal de comunicación entre el consejo de administración y el equipo de administradores de la sociedad, además de ejercer autoridad sobre la operación de la compañía.¹⁰⁴

Mención aparte amerita un tema que sin duda ha generado muchísimos comentarios en los últimos años, sobre todo a raíz de la crisis financiera del 2008, que es la compensación de los miembros del consejo de administración. La compensación a los consejeros debe ser suficientemente competitiva para atraer, retener y motivar a consejeros que calcen con el perfil que busca la empresa.¹⁰⁵ Sin embargo es importante que en la compensación de los directores se haga una diferenciación entre los consejeros independientes y otros consejeros, ya que los consejeros independientes deberán de tener una compensación principalmente vinculada a su participación en las reuniones de consejo de administración. Por otro lado, consejeros que tengan una mayor dedicación de tiempo y esfuerzos a la empresa (que cumplan roles también de administración), deberán tener una compensación mayor, que se aconseja tenga un porcentaje fijo y uno variable sujeto al desempeño y al cumplimiento de objetivos de productividad.¹⁰⁶

En cuanto al consejo de administración, conviene aquí hacer una matización al menos en cuanto al derecho costarricense, ya que como hemos mencionado en secciones precedentes, actualmente el Código de Comercio, que regula lo relativo a las sociedades mercantiles, solamente contempla la figura del consejo de administración para las sociedades anónimas. En las sociedades de responsabilidad limitada – que aunque no es el tipo societario más utilizado, no es infrecuente sobre todo en PYMES- la administración de la sociedad se encomienda a gerentes (uno o más),

que actúan en forma individual y no como órgano colegiado. Lo anterior tiene como consecuencia que en materia de gobierno corporativo, necesariamente tendríamos que pensar en la creación de un comité supervisor que cumpla funciones similares a las del consejo de administración que hemos enunciado aquí.

3.3. Administradores (Management)

Los administradores son las personas encargadas de la gestión de la empresa en el día a día, por lo que deben de tener las facultades y poderes en la justa medida para poder desempeñar su labor. Dentro de las labores que típicamente deberían de encomendarse a los administradores están: la preparación de estrategias y presupuestos, ejecutar las estrategias encomendadas por el consejo de administración, administrar la relación con los bancos, la firma de contratos y otros documentos operativos, contratar al personal y establecer su sistema de compensación, establecer el sistema interno de control y manejo del riesgo, entre otras labores menores.¹⁰⁷

Así también, como hemos dicho en el apartado anterior, es recomendable que en la administración exista un director ejecutivo que no solamente sea intermediario en las relaciones con el consejo de administración, sino que sea a su vez el encargado de llevar a cabo las decisiones de este órgano en coordinación con los administradores. El director ejecutivo debe por lo tanto mantener informado al consejo de administración de todas las labores desempeñadas por los

99 ECODA. Óp. Cit. p. 16.

100 OLIVAS MARTÍNEZ. Óp. Cit. p. 53.

101 Sobre este tema CONTHE nos indica que a pesar de que en España se sigue llamando a los miembros del consejo de administración como “administradores”, según las tendencias vigentes en Estados Unidos y Reino Unido, sería más conveniente llamarlos consejeros (término más asociado al término en inglés *directors*), ya que su función debería de ser la de controlar a quienes administran la compañía, en lugar de administrarla ellos mismos. Por ello se recomienda que exista un número importante de consejeros que tengan independencia con relación a los gestores a los que deben supervisar. CONTHE, Manuel. Óp. Cit. p.1864.

102 El sistema monista de administración con delegación de facultades, se contraponen al sistema dualista que propone un sistema gerencial del consejo y la creación de otro órgano supervisor separado. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos y DORREGO DE CARLOS, Alberto. El sistema español de gobierno corporativo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía*. N° 3 (2005). p.1872.

103 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. 15.

104 ECODA. Óp. Cit. p. 30.

105 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p.17.

106 ECODA Óp. Cit. p. 35.

107 Ídem. p. 30.

administradores y de rendir cuentas sobre el trabajo de estos.¹⁰⁸

Al igual que en el caso del consejo de administración, la remuneración también cobra importancia para los administradores, es importante que esta esté basada en el desempeño de la compañía y en los resultados individuales del administrador en cuestión.¹⁰⁹ Es la Junta Directiva la que debe decidir sobre la remuneración de los administradores, pero siempre guardando el cuidado que aquellos consejeros que participen de la administración de la empresa, no participen en la decisión sobre su propia remuneración.

3.4. Política de control y manejo del riesgo

En materia de gobierno corporativo este es uno de los temas que sin duda cobra más importancia, ya que el seguir adecuados lineamientos para controlar y manejar el riesgo permite a la empresa detectar cualquier inconveniente financiero, estratégico u operativo a tiempo y tomar medidas oportunas. El riesgo es inherente a los negocios, no obstante, la compañía no debe exponerse a riesgos que no comprenda o que no sean necesarios para el buen desempeño de la misma.¹¹⁰

El órgano encargado de definir la política de control y manejo del riesgo es el consejo de administración, que deberá de establecerlo de acuerdo con el tamaño y la complejidad de la empresa. Este tipo de política debe incluir

como mínimo reportes sobre los aspectos financieros, mecanismos de control interno y una buena relación con los auditores de los estados financieros.¹¹¹ Adicionalmente es importante que la compañía logre identificar los riesgos que puede enfrentar, el impacto de los mismos en caso de que ocurran, la probabilidad de que sucedan y las acciones a tomar para mitigarlos.¹¹²

El órgano encargado en principio de monitorear estos factores de riesgo y las medidas a tomar es el consejo de administración, no obstante en algunas compañías en donde debido al tamaño esto se vuelva complicado, pueden conformarse comités especiales, usualmente denominados de auditoría, para el seguimiento.

Algunos de los riesgos que de antemano enfrentan la mayor parte de las compañías y sobre los cuales es conveniente que se tracen políticas que se hagan de conocimiento y de acatamiento obligatorio para los empleados, son los relacionados con la prevención de fraude, lavado de dinero, adecuado manejo de dinero en efectivo, manejo de cuentas bancarias, manejo y protección de datos y aspectos de cumplimiento en general (*compliance*). La prevención de estos riesgos no debe estar orientada solamente en la información, sino también en el establecimiento de mecanismos preventivos, como límites en las transacciones autorizadas, controles cruzados, monitoreo de la contabilidad, actuación mancomunada de los administradores para determinadas transacciones, entre otras de corte similar.¹¹³

3.5. Disposiciones especiales para empresas familiares

Las empresas familiares por su particular composición en donde existen varios miembros de una misma familia que tienen el rol de accionistas, consejeros, administradores o empleados (incluso en algunos casos se desempeña más de uno de estos roles), son más sensibles a los conflictos o bien carecer de una organización adecuada que les permita canalizar sus intereses y la visión que tienen de la empresa. Debido a lo anterior, es recomendable que las empresas de naturaleza familiar conformen un consejo de familia (en inglés se ha usado la denominación de *family forum* o *family council*¹¹⁴).

El consejo de familia tiene como misión servir de foro de discusión y cauce de comunicación intrafamiliar y al mismo tiempo ser el vínculo de información entre la familia y la empresa. Dentro de sus funciones están: orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión de la empresa,¹¹⁵ definir cuál será el papel de la familia en la empresa, informar a todos los miembros de la familia sobre lo que sucede en la empresa, buscar solución a los conflictos familiares que puedan afectar el curso de la actividad empresarial y hacer recomendaciones a los órganos de gobierno de la empresa.¹¹⁶

El consejo de familia deberá estar integrado por todo los miembros de la familia que tengan relación con el negocio y que tengan edad suficiente para formar parte, no obstante en casos de familias muy numerosas, es recomendable que la participación se reduzca a un representante por cada núcleo familiar. Las reuniones podrán tener la estructura que los mismos miembros decidan, sin embargo es recomendable que se establezcan mecanismos para que las reuniones sean eficientes y los acuerdos sean claros, así también es deseable que el consejo tenga su propio presidente, quien en caso de ser necesario podrá tener un lugar en el consejo de administración.¹¹⁷

Además de los temas anteriores, es recomendable que la familia adopte un protocolo familiar (*family charter*), este documento puede ser definido como un “acuerdo entre los miembros de la empresa familiar en virtud del cual se recogen los principios y pautas que han de regir las relaciones entre familia, empresa y propiedad.”¹¹⁸

El protocolo familiar deberá contener reglas con relación a los valores y la visión de la familia, la propiedad del negocio familiar, los objetivos financieros de la familia, las carreras en el negocio familiar, la compensación a los miembros de la familia que sean empleados de la empresa, gobierno de la

108 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p. 22
109 Ídem. p. 22.
110 ECODA. Óp. Cit. p. 37.
111 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p. 25
112 ECODA. Óp. Cit. p. 37.
113 Ídem. p. 38.

114 El Código de Buysse utiliza el término *family forum* para referirse a este órgano familiar, por su parte EcoDa se refiere a él como *family council*.
115 CASADO. Óp. Cit. p.1870.
116 OLIVAS MARTÍNEZ. Óp. Cit. p. 62.
117 Ídem. p. 64, 65. En cuanto a la designación del presidente del consejo de familia como miembro en el consejo de administración, es recomendable implementarlo en aquellos casos en los que el consejo de administración está integrado por miembros externos, en caso de que la familia ya tuviese representación de algún miembro, no sería indispensable.
118 Ídem. p. 68.

familia, gobierno de la sociedad, canales de comunicación etc.¹¹⁹

Finalmente uno de los aspectos medulares que debería contemplar las medidas de gobierno corporativo para empresas familiares es un plan de sucesión, que si no puede estar determinado en un cien por ciento, deberá por lo menos fijar los responsables de darles continuidad.

Sección IV- Los sujetos destinatarios del código

Previo a iniciar con el análisis de quiénes son los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo, conviene dilucidar qué entendemos por destinatario, al respecto podemos citar como definición “persona a quien va dirigido o destinado algo”.¹²⁰ La anterior enunciación nos anticipa, que los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo son los individuos a los que se dirigen este tipo de textos. En el tanto los códigos de gobierno corporativo son instrumentos en los cuales se compilan una serie de normas de comportamiento, sus destinatarios serán por lo tanto, los sujetos a los cuales se les dirigen o exigen esas normas de conducta. SIERRA HERNÁIZ, al referirse a los destinatarios de los códigos de conducta en general, indica que los podemos clasificar como externos o internos; serán destinatarios externos cuando el código de conducta establezca normas de comportamiento para terceros ajenos a la empresa (como podría ser el caso de los códigos de conducta dirigidos

a proveedores) y estaremos en presencia de códigos con destinatarios internos, cuando éstos sean sujetos internos de la empresa, tales como empleados y directivos.¹²¹

Con base en la anterior clasificación, podemos decir que los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo son internos, ya que se dirigen a sujetos que se encuentran en el ámbito de la empresa. Conviene ahora esclarecer ¿Quiénes son en concreto los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo? Para ello, podemos tomar como punto de referencia inicial los contenidos mínimos del código que hemos establecido en la sección anterior, siendo que a simple vista podemos observar los siguientes grupos:

- Accionistas
- Consejeros
- Administradores (empleados de la sociedad)
- Miembros de la familia (en caso de empresas familiares)

De estos grupos, se pueden establecer como principales destinatarios de las normas de gobierno corporativo los consejeros y administradores, ya que sobre ellos recae una mayor cantidad de obligaciones y son a quienes se les encomienda respectivamente, la supervisión de la gestión de la sociedad y la administración de la misma. La labor de salvaguardar los intereses de los accionistas,

hace que su rol sea preponderante y que por lo tanto se establezcan rigurosos mecanismos de dirección y control asociados con su función.¹²²

La creación de consejos de administración con una buena capacidad de supervisar al equipo de administradores de la compañía ha sido desde los inicios del gobierno corporativo, uno de los principales mecanismos de supervisión establecidos en las sociedades. A ello, se ha unido de forma más reciente la implantación de un sistema de responsabilidad de los administradores y la definición de los deberes fiduciarios que éstos tienen para con la sociedad.¹²³

En las sociedades no cotizadas, el rol que juegan los consejeros, pero principalmente aquellos que llevan a cabo la labor de administración de la sociedad, es sumamente importante, sin embargo en este tipo de sociedades, si se les compara con las sociedades cotizadas, se dispone de menos mecanismos para disciplinar conductas desleales, lo que hace que dependan todavía más de las reglas de responsabilidad contenidas en el ordenamiento positivo.¹²⁴

Definir los destinatarios del código de gobierno corporativo, no solamente es útil

para la determinación de responsabilidades de esos destinatarios, sino también para poder monitorear de forma más eficiente el cumplimiento de esas responsabilidades. El establecimiento de los destinatarios del código de gobierno corporativo está directamente asociado con la posibilidad de exigibilidad del cumplimiento de dicho código. En la medida en que los destinatarios de estas obligaciones se encuentran en relaciones de sujeción en la sociedad, mayor será la posibilidad para los órganos de la sociedad, de sancionar el incumplimiento de los deberes de conducta.

En relación con lo anterior, es cardinal que en la elaboración de los códigos de gobierno corporativo se tenga claro el objetivo principal que tiene este tipo de instrumentos. Como hemos dicho anteriormente, en materia de códigos de conducta uno de los principales problemas que se presenta es la inclusión de obligaciones de distinta naturaleza en un mismo instrumento; así también, es común que la mayoría de los códigos tengan una vocación universal, ya que pretenden aplicar normas de gobierno corporativo a todos los trabajadores por igual, sin diferenciar los distintos niveles jerárquicos de la empresa;¹²⁵ esto sin duda genera problemas de exigibilidad y eficacia, que analizaremos con detalle más adelante.

119 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p. 27.
120 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. [En línea] Disponible en web: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=destinatario [Consulta: 2 de Junio de 2012].
121 SIERRA HERNÁIZ. Óp. Cit. p. 232.

122 CRESPO RODRÍGUEZ et al. Óp. Cit. p. 118.
123 PAZ ARES. Óp. Cit. p. 67.
124 PAZ ARES menciona tres razones por las que las sociedades no cotizadas disponen de menos mecanismos para disciplinar conductas desleales, que se pueden resumir de la siguiente forma: i) la conducta de los administradores es menos visible, ii) las violaciones a los deberes de lealtad suelen presentarse en momentos en los que las relaciones de los administradores con la sociedad están prontas a terminar y iii) la propiedad por parte de los administradores de parte de las acciones de la sociedad no ayuda a prevenir el fraude, eventualmente esta condición puede hacer que el administrador se sienta confiado en su posición.
125 SIERRA HERNÁIZ. Óp. Cit. p. 249.

Capítulo III- Eficacia y exigibilidad

Sección I- Hard law v. Soft law

La expresión *soft law* se utilizó originariamente para “describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial”;¹²⁶ sin embargo en la actualidad el término se utiliza comúnmente para referirse a normas de carácter no vinculante.¹²⁷

En contraposición por lo tanto al término *soft law*, se ha utilizado la frase *hard law* para hacer referencia a las normas de carácter vinculante. En principio, la autorregulación y específicamente los códigos de conducta, en el tanto se encuentran en el ámbito de la autonomía de voluntad, pertenecen al *soft law*, sin embargo esta posición no ha sido del todo uniforme en su tratamiento doctrinal.

Un sector de la doctrina argumenta que los códigos de conducta y por lo tanto los códigos de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas y no supervisadas, por constituir una ‘forma de hacer’ que se edifica en el marco de un sector de actividad determinado, se constituyen en costumbre y por lo tanto son fuente de derecho.¹²⁸ Bajo este supuesto, los códigos de gobierno corporativo suplen, por medio de la autorregulación, los vacíos legales que existen, siendo que por lo tanto

se convierten en costumbre y se aplican directamente en defecto de leyes.¹²⁹

Por otro lado, la doctrina también ha sostenido la posición de que la fuerza de los códigos de conducta como autorregulación, radica única y exclusivamente en el ámbito de la autonomía de la voluntad, y por lo tanto son obligatorios únicamente para las partes involucradas.¹³⁰

Ambas posiciones son muy respetables, no obstante conviene analizarlas en detalle para desentrañar cuál de ellas es más plausible, al menos desde el punto de vista del derecho costarricense.

El Código Civil de Costa Rica indica que la costumbre es fuente no escrita del ordenamiento jurídico (Artículo 1) y que sirve para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico. La costumbre solamente regirá en defecto de ley aplicable, siempre que haya sido demostrada y no resulte contraria a la moral, el orden público o una norma de carácter prohibitivo (Artículo 3).

Nuestro Código Civil no proporciona una definición de lo que debe entenderse por “buenas” fuentes escritas del ordenamiento jurídico, asumimos que se trata de las fuentes escritas en general; así como tampoco nos define la costumbre, sin embargo al respecto

podemos citar la que realiza el tratadista costarricense BRENES CÓRDOBA que dice que “(...) la costumbre (...) es la práctica repetida de una determinada conducta -uso- unida al convencimiento, por parte de los interesados, de que tienen la obligación de conducirse como lo vienen haciendo (opinio necessitatis). Este convencimiento del carácter obligatorio distingue a la costumbre de los simples usos que se siguen en la vida social sin que se les llegue a atribuir ese carácter de obligatoriedad.”¹³¹

De lo anterior podríamos considerar *prima facie*, que en el ámbito costarricense los códigos de conducta configuran costumbre, y por lo tanto son fuente del derecho en ausencia de ley. Sin embargo en nuestro criterio, en materia de códigos de gobierno corporativo no es conveniente generalizar, sino analizar cada caso en concreto y a partir de ese análisis determinar si la totalidad o parte de las normas de conducta contenidas en el código, se consideren costumbre o no.

Es probable que determinados códigos de gobierno corporativo aplicados por algún sector en concreto de forma generalizada y en donde los individuos tengan convicción plena de que deben actuar de conformidad con las normas que se contienen en el código, puedan constituir costumbre; así como también podría darse el caso de que empresas recopilen en

sus códigos de gobierno corporativo alguna costumbre pre-existente, sin embargo, en nuestro criterio, hablar en general de que los códigos de conducta de esta naturaleza siempre podrán ser considerados como costumbre, es un error.¹³²

En relación con la posición doctrinaria que analiza a los códigos de conducta desde el ámbito de la autonomía de la voluntad, y que los considera capaces de surtir obligaciones para las partes desde ese ámbito, conviene también desentrañar si dicha postura encuentra asidero en el derecho costarricense.

Al respecto podemos hacer referencia a las normas del Código Civil de Costa Rica que se refieren a la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual, ya que para los defensores de esta posición doctrinaria, la autorregulación funciona de forma idéntica al contrato, es decir obliga a aquellos a quienes consienten el código de conducta.¹³³ En este campo podemos mencionar el artículo 1022 que indica que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, así como el artículo 1025 que indica que los contratos no producen efectos sino entre las partes contratantes. Unido a lo anterior en materia de contratos es indispensable el consentimiento, que debe ser libremente manifestado, así como el cumplimiento de las formalidades que exija la ley, siendo que

126 ABI-SAAB, Georges. Citado en: MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. Soft law: ¿Muchos ruidos y pocas nueces? 8 Revista electrónica de estudios internacionales. 2004. [En línea] Disponible en web: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1004415 [Consulta: 3 de junio de 2012]. p. 1.

127 Ídem. p. 2.

128 MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. Los códigos de conducta como fuente de derecho. Derecho Privado y Constitución. Nº 17. Enero –Diciembre 2003. p. 372. [En línea]. Disponible en web: http://www.indret.com/pdf/739_es.pdf [Consulta: 29 de abril de 2012].

129 Ídem. p. 375.

130 ILLESCAS. Óp. Cit. p. 302.

131 BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. Volumen I. San José. Editorial Juricentro. 5ta edición. 1998. p. 65.

132 Sobre este tema podemos señalar lo dicho por RODOTÀ quien se encuentra en desacuerdo con la posición que defiende que los códigos de conducta constituyen costumbre por cuanto “ (...) en las normas incorporadas a los códigos de conducta no se da ninguna nota caracterizadora de la costumbre; en efecto si su manifestación por medio de una práctica social pudiera discutirse no es posible hacerlo respecto de la indiferencia del tiempo ni, menos todavía, por lo que se refiere a la convicción de que esa práctica constituye una regla de derecho necesaria ni tampoco por su racionalidad medida por su adecuación a la ley.” RODOTÀ, SteffaNº Códigos de Conducta: entre el hard law y el soft law. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.36.

133 ILLESCAS. Óp. Cit. p. 303.

en la gran mayoría de los casos basta con la sola manifestación de voluntad (artículos 1007, 1008 y 1009 del Código Civil).

De lo anterior podemos inferir que los códigos de gobierno corporativo, se consideran *soft law*, en el tanto sus normas de conducta no tienen carácter vinculante *erga omnes*, sin embargo, para las partes involucradas (contratantes) los mismos sí generan obligaciones en el tanto medie el consentimiento de dichas partes. En otras palabras la eficacia de los códigos de gobierno corporativo está limitada desde el punto de vista subjetivo (quienes manifiestan su consentimiento) y desde el punto de vista objetivo (que la materia que regulan esté dentro del ámbito de autonomía de la voluntad).¹³⁴

Esta última posición, en nuestro criterio es mucho más acertada que la que considera a los códigos de conducta como costumbre, sin embargo, desafortunadamente puede presentar algunas dificultades desde el punto de vista de la exigibilidad de las normas de conducta contenidas en los códigos. Si bien los códigos de gobierno corporativo, como hemos anticipado en la sección dedicada a los destinatarios, no establecen obligaciones para sujetos ajenos a la sociedad, sino que son de naturaleza ‘interna’, se deben cuidar los mecanismos de aprobación del código así como los de divulgación, de forma tal que todos los destinatarios de dichas obligaciones se encuentren informados sobre las mismas y más aún, consientan en su formulación.

En el caso de destinatarios tales como accionistas y consejeros, la aceptación del código de conducta se podría entender implícita por ser inherente a la posición o cargo que se ocupa. Los consejeros en Costa Rica por ejemplo, deben aceptar el cargo para el que fueron nombrados (artículo 18 del Código de Comercio) y al mismo tiempo están obligados a cumplir con las obligaciones que les impongan la ley y los estatutos (artículo 189 del Código de Comercio); si bien el código de conducta no constituye en sentido estricto parte de los estatutos, nuestro ordenamiento jurídico permite que el mismo consejo de administración emita reglamentos en la sociedad (artículo 188 del Código de Comercio), por lo que podría extenderse esta posibilidad a la emisión de códigos de conducta, que lógicamente se entenderían conocidos y de cumplimiento obligatorio para el consejo de administración.

En relación con los accionistas, si bien el Código de Comercio costarricense guarda silencio en cuanto a los deberes de los accionistas, en el tanto legalmente se otorga al consejo de administración la posibilidad de dictar reglamentos, podría argumentarse que dichos reglamentos son de acatamiento obligatorio para los accionistas también.¹³⁵ No obstante lo anterior, sería conveniente reforzar las disposiciones del código de conducta desde el punto de vista estatutario, tema en el que ahondaremos en la sección siguiente.

Con respecto a los administradores de la sociedad, que forman parte de los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo y que en resumidas cuentas son empleados de la misma, conviene tomar medidas adicionales para lograr que los códigos de gobierno corporativo sean exigibles. El principal problema que se presenta en la mayoría de los códigos de conducta que tienen un carácter exclusivamente unilateral, en el caso de España, esto se ha salvaguardado jurisprudencialmente invocando el poder de dirección que tiene el patrono y regulado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, bajo el cual éste puede determinar el tipo de normas de conducta que deben seguir sus empleados.¹³⁶ Sin embargo en Costa Rica, el poder de dirección no se encuentra estipulado claramente en el Código de Trabajo,¹³⁷ por lo que conviene tomar medidas adicionales para asegurar la eficacia de los códigos de conducta con respecto a los trabajadores.

Como medida adicional de protección de la eficacia de los códigos de conducta, la doctrina ha recomendado que la obligación de acatar el código de gobierno corporativo se incorpore en el contrato de trabajo,¹³⁸ así

también es recomendable dejar constancia de la entrega de un ejemplar del código de gobierno corporativo al trabajador. Aunado a lo anterior, es medular que la redacción del código de conducta sea capaz de crear obligaciones concretas y no meras declaraciones de buenas intenciones (usualmente acompañadas de verbos como promover, procurar, incentivar, etc.), de esta forma la posibilidad de señalar incumplimientos será más viable.

Sección II
Incumplimiento y consecuencias

Los códigos de gobierno corporativo en sociedades no cotizadas y no supervisadas tienen la particularidad de que se encuentran en el marco de la autorregulación pura, es decir, cuando una compañía de esta naturaleza adopta un código de gobierno corporativo, no lo hace porque sea parte de los requisitos para salir a bolsa, porque se lo requiera la legislación o bien porque lo recomiende el órgano regulador (cumplimiento meramente formal¹³⁹); sino que lo hace, porque cree que la gestión y continuidad de la empresa se puede ver mejorada por la adopción de estas medidas.

134 RODOTÀ. Óp. Cit. p. 37.
135 Es importante destacar que mediante resolución de 59-1993 la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica determinó que los socios no pueden ser obligados a otras prestaciones distintas a las del aporte, a pesar de que la sentencia en cuestión se refiere a una prestación de hacer que implicaría una erogación patrimonial adicional para el socio, eventualmente este criterio podría utilizarse para argumentar que no es posible vía reglamento o código de conducta, imponer deberes de conducta a los socios.

136 MORATO GARCÍA, Rosa María. Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 422.
137 Al respecto podemos señalar que el poder de dirección del patrono se ha inferido en Costa Rica del artículo 71 del Código de Trabajo que establece como parte de las obligaciones de los trabajadores las siguientes: “(...) 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 (...)” Sin embargo, como se observa de la lectura de estos incisos, tal interpretación en principio no pareciera ser extensiva a los códigos de conducta, por el momento nuestros tribunales la han enfocado principalmente a la posibilidad del patrono de determinar las jornadas laborales.
138 GOÑI SEIN, José Luis. Valor Jurídico de los códigos de conducta empresariales. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p.616.
139 WYMEERSCH distingue entre el cumplimiento formal y el cumplimiento sustancial (formal and substantial compliance), siendo que el primero está avocado a poder informar al órgano competente que se han adoptando las medidas de gobierno corporativo requeridas y el segundo es la verdadera materialización de estas medidas. WYMEERSCH, Eddy. Enforcement of Corporate Governance Codes. ECGI. Working Paper N° 46/2005. June 2005. p. 21. [En línea]. Disponible en web: http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=759364 [Consulta: 5 de junio de 2012].

No obstante lo anterior, y a pesar de que las sociedades no cotizadas y no supervisadas adoptan voluntariamente este tipo de códigos, podríamos decir, por convicción, es posible que la adopción de este tipo de instrumentos se quede únicamente en el papel y que la empresa nunca pase a aplicar efectivamente las medidas que en él se contienen (cumplimiento sustancial¹⁴⁰).

Lo anterior genera, que una de las principales dudas que surgen cuando nos encontramos ante códigos de gobierno corporativo es si del incumplimiento de éstos por su carácter de *soft law*, no deriva en consecuencia alguna, y por lo tanto este tipo de instrumentos carece de toda posibilidad de exigibilidad.

La primera respuesta a esta interrogante, debemos formularla desde el ámbito general (no jurídico), en este entorno, la eficacia de los códigos de gobierno corporativo deriva de la sanción de índole reputacional que puede sufrir la empresa ante un incumplimiento.¹⁴¹ Los códigos de conducta, como hemos dicho tienen una vertiente pública, mediante la que pretenden generar confianza en el consumidor y en otros grupos de interesados, como pueden ser acreedores, proveedores, la comunidad, etc. Por lo que si trasciende a la esfera pública el incumplimiento del código de gobierno corporativo, la primera repercusión natural, será el descrédito de la empresa.

Desde el punto de vista jurídico, el incumplimiento y las posibles sanciones se presentan de forma más compleja.

Ya previamente hemos esbozado algunas de las dificultades con las que se puede encontrar la empresa para hacer exigible los códigos de gobierno corporativo a quienes son administradores (empleados) de la empresa, ya que las normas de conducta de estos códigos condicionan el comportamiento del trabajador en el tanto no sean producto del uso abusivo del poder por parte del empresario¹⁴². Como consecuencia lógica, una acción sancionadora derivada de un deber de conducta que exceda la potestad de dirección del empresario, será cuestionable a nivel jurisdiccional.¹⁴³ Así pues, tanto las normas de comportamiento establecidas por el código de gobierno corporativo, como las sanciones que éste establezca o que la dirección de la empresa decida emplear, deberán necesariamente de ir de la mano del derecho laboral, las primeras en cuanto a que no podrán ir en detrimento de los derechos de los trabajadores y las segundas, en virtud del carácter taxativo de la gran mayoría de normas laborales con carácter sancionador.

En relación a los consejeros y el incumplimiento de los deberes que les son impuestos en los códigos de gobierno corporativo, en la sección anterior mencionamos que la aceptación del

código podía entenderse comprendida en la aceptación del cargo que se desempeña. Sin embargo es conveniente analizar si dicha aceptación basta para hacer efectivas acciones por eventuales incumplimientos.

Hemos dicho que la principal efectividad de los códigos de conducta se encuentra proporcionada por el principio de la autonomía de la voluntad y la posibilidad para las partes de establecer obligaciones que sean ley entre ellas, por lo que es conveniente estudiar mecanismos directamente societarios que nos permitan también ejercer medios coercitivos para hacer exigibles los códigos de conducta.

Al respecto, el Código de Comercio de Costa Rica indica en su artículo 189 que los consejeros deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos¹⁴⁴ con la diligencia del mandatario,¹⁴⁵ y son solidariamente responsables junto con la sociedad por los daños derivados del incumplimiento de estos deberes. De lo anterior, podemos claramente observar que en la legislación costarricense, el régimen de responsabilidad de los administradores se encuentra descrito de forma muy general, y el cumplimiento de los deberes

(bastante indeterminados), está sujeto a niveles de diligencia vagos, que remiten incluso a otros cuerpos normativos. Esto tiene como consecuencia no sólo que exigir el cumplimiento de las responsabilidades contempladas en la ley y en los estatutos de la sociedad sea difícil, sino además que exigir el cumplimiento de textos tales como códigos de conducta, sea aún más complicado.

Siendo que la exigibilidad del cumplimiento de los códigos de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas y no supervisadas es una ardua tarea, necesariamente debemos acudir a formas alternativas de estructurar la exigibilidad. En este sentido, la doctrina ha recomendado la incorporación de al menos las medidas más importantes de gobierno corporativo en los estatutos de la sociedad, ya que al establecer estas normas de conducta en los estatutos, estas forman parte de la relación contractual entre la sociedad y los miembros del consejo de administración y por lo tanto, les son exigibles.¹⁴⁶ La acción para solicitar el cumplimiento de la disposición del código de gobierno corporativo contenida en los estatutos o bien entablar una acción de responsabilidad, quedará en manos de la asamblea de accionistas.¹⁴⁷

140 WYMEERSCH, Eddy. Óp. Cit. p. 21.
141 ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p. 281.
142 MORATO GARCÍA, Rosa Ma. La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario empresarial. En: XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, 20 a 22 de Septiembre de 2006. p. 9. [En línea]. Disponible en web: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=comunicaci%C3%B3n%20al%20xvi%20congreso%20iberoamericano%20de%20derecho%20del%20trabajo%20y%20seguridad%20social%2C%20morato%20g-arc%C3%ADa&source=web&cd=1&ved=0CFEQFjAA&url=https%3A%2F%2Fwww.juntadeandalucia.es%2Fempleo%2Fresponsabilidad%2Fadmin%2Fdownloads%2Fdescargar.php%3Fid%3D200&ei=NMjNT46wB4O4hAeZta2CDA&usg=AFQjCNGKeABtseN_1_W-KATU52c2CJEfQ. [Consulta: 5 junio de 2012].
143 MORATO GARCÍA. Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario. Óp. Cit. p. 430.

144 Anteriormente hemos indicado que si bien el artículo 189 no hace referencia al cumplimiento de reglamentos de la sociedad, la ley si le otorga al mismo consejo de administración la posibilidad de emitirlos, por lo que una consecuencia lógica de tal facultad debería ser también la obligación de cumplirlo.
145 En Costa Rica, las obligaciones del mandatario se encuentran reguladas en los artículos 1261 a 1272 del Código Civil, al respecto podemos decir que cuando el Código de Comercio se refiere a la ‘diligencia’ del mandatario, probablemente se refiere las obligaciones que le atañen a éste, y de los cuales nos permitimos inferir los siguientes deberes de diligencia: i) abstenerse de ejecutar acciones que puedan causar daño al mandante, ii) abstenerse de ejecutar actuaciones en las que se presente un conflicto de interés, uno de los ejemplos que pone el código es “comprar las cosas que el mandante le haya ordenado vender”, iii) informar al mandante cuando no pueda ejecutar lo mandado y tomar las medidas conservatorias que amerite la situación, y iv) dar cuenta de su administración.
146 WYMEERSCH, Eddy. Enforcement of Corporate Governance Codes. ECGI. Working Paper N° 46/2005. June 2005. p. 9. [En línea]. Disponible en web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=759364 [Consulta: 5 de junio de 2012].
147 Ídem. p. 10. Así también el Código de Comercio de Costa Rica indica en su artículo 192 que la responsabilidad de los miembros del consejo de administración sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, quienes deben designar a la persona encomendada para tal acción.

En relación con las empresas familiares, debemos mencionar también la posibilidad de que se incumplan las normas que rigen las relaciones entre la familia, como podría ser el incumplimiento del protocolo familiar, cuando el incumplimiento derive sobre normas de carácter moral la sanción no podrá ser otra que la pérdida de confianza en la relación familiar, sin embargo si se trata de cláusulas de carácter contractual, podrían pactarse otros recursos para sancionar el incumplimiento, tales como la inclusión de cláusulas penales de tipo económico o bien que involucren prestaciones accesorias por parte del sujeto en incumplimiento.¹⁴⁸

Hasta ahora hemos hecho referencia a los mecanismos para exigir el cumplimiento de los códigos de conducta en caso de que estos sean infringidos, sin embargo es también importante hacer algunas anotaciones en cuanto a los mecanismos para la detección de estos incumplimientos. Además de los mecanismos tradicionales de seguimiento por parte del órgano encargado, en la mayoría de los casos el propio consejo de administración o un comité u oficial de gobierno corporativo destinado para tal fin, existen otros mecanismos menos comunes, que han suscitado análisis a nivel doctrinal, siendo un ejemplo de ellos el *whistleblowing*.¹⁴⁹

El *whistleblowing* surge en el mundo anglosajón como sistema relacionado con las prácticas abusivas del mercado, y como mecanismo para garantizar la seguridad financiera de los mercados. El sistema se expande a Europa a raíz de la entrada en vigencia en Estados Unidos de la Ley Sarbanes Oxley a la que hemos hecho referencia con anterioridad, ya que obligó a las empresas que cotizan en bolsa, a adoptar mecanismos de denuncia específicamente con anomalías presentadas en la contabilidad y auditorías.¹⁵⁰ En el caso de España por ejemplo, es el Código Unificado el que hace referencia dentro de sus recomendaciones, a la necesidad de que las empresas cotizadas establezcan un mecanismo de denuncia de irregularidades, principalmente financieras y contables.¹⁵¹

En la actualidad el sistema de *whistleblowing* se ha extendido a otros ámbitos más allá de los temas financieros y contables, y se utiliza en general para la denuncia de las medidas de gobierno corporativo e incluso para los incumplimientos de códigos de conducta éticos en general. En algunos casos incluso el procedimiento de denuncia llega a estar tan estructurado que se facilita a los denunciantes mecanismos para realizar la denuncia tales como líneas telefónicas, buzones, correos electrónicos, etc.¹⁵²

148 DEL MORAL, Paloma. El protocolo familiar. En: OLIVAS MARTÍNEZ, José Luis (Prologuista). *Recomendaciones sobre el Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra: Thomson – Civitas. 2006. p. 76.

149 El término *whistleblowing* viene de la palabra en inglés *whistle-blower*, que se utiliza para referirse a una persona que se dirige a una Autoridad para informar/ denunciar que algo ilegal está sucediendo en un departamento gubernamental o compañía. Específicamente el Diccionario de Cambridge lo traduce como: “a person who tells someone in authority about something illegal that is happening, especially in a government department or a company” CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. *Cambridge Advanced Learner’s Dictionary*. [En línea]. Disponible en web: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/whistle-blower> [Consulta: 5 de junio de 2012].

150 GOÑI SEIN, José Luis. Sistemas de denuncia interna de irregularidades («Whistleblowing»). En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). *Ética empresarial y códigos de conducta*. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 320, 321.

151 GOÑI SEIN. Sistemas de denuncia de irregularidades («Whistleblowing»). Op. Cit. p. 322.

152 Ídem. p. 325.

Dentro de las críticas que se han hecho al mecanismo de *whistleblowing* se encuentra el hecho de que se puede prestar para la lesión de los derechos fundamentales de las personas afectadas, principalmente en los casos en los que se admiten denuncias anónimas o se preserva la identidad del denunciante.¹⁵³ Adicionalmente en contextos como el costarricense en donde este tipo de denuncias pueden tener una connotación negativa desde el punto de vista social, pues nuestra sociedad percibe de mala manera a quien denuncia a colegas o compañeros, por lo que puede ser difícil de implementar.

Sección III- Resolución de conflictos

En materia de códigos de gobierno corporativo, como en la mayor parte de los campos del Derecho se presentan conflictos, así por ejemplo en este ámbito es común que se presenten conflictos entre accionistas, sobre la estrategia empresarial, sobre el control de la compañía, conflictos de interés, lucha de poder, conflictos de personalidad, compensación de administradores,¹⁵⁴ y lógicamente, por el incumplimiento de normas de conducta establecidas en el código.

Sin embargo, en el ámbito del gobierno corporativo, es poco frecuente que estos conflictos se diriman en la jurisdicción ordinaria. Sobre este tema, SORO RUSSELL elaboró un estudio jurisprudencial que identificó 39 resoluciones en materia de códigos de conducta que se presentaron en

España en espacio de 20 años, el número de resoluciones es cuantitativamente poco si pensamos en que el tema se encuentra en pleno auge y que el uso de este tipo de instrumentos se encuentra bastante extendido en este país. De esas resoluciones analizadas, solamente 2 tenían como fondo del asunto el propio código de conducta siendo que en el resto la referencia al código de conducta era accesorio.¹⁵⁵ En el caso de Costa Rica, la búsqueda de jurisprudencia en temas de gobierno corporativo es absolutamente infructuosa, por lo que no contamos con antecedentes judiciales que se refieran a esta materia.

No vamos a ahondar en las posibles causas de que la presencia de conflictos sobre códigos de conducta en la vía jurisdiccional sea tan baja, sin embargo sí es conveniente en este ámbito analizar las formas de las que disponen las partes para dirimir los conflictos asociados con los códigos de gobierno corporativo.

Como ya hemos dicho una de las vías existentes es el ámbito jurisdiccional, que aunque aparentemente es poco utilizado, es una de las principales alternativas que tienen las partes para buscar dirimir conflictos de esta naturaleza. Los sujetos legitimados para iniciar procedimientos de esta naturaleza, serán lógicamente las partes destinatarias del código de gobierno corporativo, ya sea por ser beneficiarios de las normas que ahí se contemplan o bien por ser sujeto de obligaciones.

153 Ídem. p. 328.

154 REUBEN, Richard C. Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolutions Professionals. American Bar Association Section of Dispute Resolution. p. 18. [En línea]. Disponible en web: [http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Mediating_Corp_Gov_Disputes_ADR_CG_Guide_Reuben/\\$FILE/Corporate+Governance+-+Reuben.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Mediating_Corp_Gov_Disputes_ADR_CG_Guide_Reuben/$FILE/Corporate+Governance+-+Reuben.pdf) [Consulta: 6 de junio de 2012].

155 SORIO RUSSELL, Olivier. Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada. InDret/2010. Barcelona. Abril 2010. p.8.

Por otro lado, en materia de gobiernos corporativos se ha dado también la presencia de mecanismos de resolución alterna de conflictos. Así por ejemplo, el Código marco de buen gobierno corporativo para pequeñas y medianas empresas de Colombia, contempla un capítulo dedicado enteramente a la resolución de conflictos, siendo que divide los mecanismos a adoptar por parte de las sociedades en tres:¹⁵⁶

- Frente a terceros: son los mecanismos empleados en los conflictos de la sociedad, los administradores y los grupos de interés (*stakeholders*).
- Resolución interna de conflictos en la sociedad: son los mecanismos utilizados para la resolución de conflictos entre los empleados y los directivos.
- Para sociedades familiares: mecanismos usados para dirimir conflictos entre la familia.

Para el primer grupo, los conflictos frente a terceros, el código colombiano sugiere que se utilicen y mecanismos alternos de resolución de conflictos tales como la negociación, conciliación o bien el arbitraje.

En relación con los conflictos internos, el código no pacta ningún mecanismo específico, no obstante sí indica que deberán ser mecanismos que velen por preservar la sana relación entre las partes.

Finalmente con relación a los conflictos en las sociedades familiares, se recomienda la utilización de mecanismos de resolución de conflictos tales como el consejo de familia. Como hemos comentado en el capítulo anterior, el consejo de familia debe estar integrado por todos los miembros de la familia que tienen participación en el negocio y que entre otras muchas, tiene la función de servir como seno para discutir los conflictos de la familia.

Los mecanismos para resolver los conflictos en el marco del gobierno corporativo aún no han sido muy desarrollados, ni siquiera en las sociedades cotizadas, en donde se han hecho algunos intentos por crear herramientas que permitan atender mejor este tipo de disputas. Dentro de las propuestas que se han realizado podemos señalar la creación de tribunales especializados, que han venido operando con éxito en Estados Unidos (*Delaware Chancery Court*) y los Países Bajos (*Enterprise Chamber*), o bien la utilización de mecanismos alternos de resolución de conflictos como la mediación, el arbitraje, decisión de expertos, consejos de resolución de conflictos, etc.¹⁵⁷

Con respecto al arbitraje, uno de los argumentos que ha dificultado su aplicación en sociedades cotizadas es precisamente que la cláusula arbitral debe de ser acordada por las partes, lo que es difícil de conseguir en un escenario con alta dispersión de accionistas. *Contrario sensu*, la cláusula arbitral se perfila como un buen mecanismo

156 Red Especializada de Gerencia – Red Colombia Compite. Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para Pequeñas y Medianas Empresas. p. 33. [En línea] Disponible en: <http://www.igc-costarica.org/?action=biblioteca> [Consulta: 6 de junio de 2012].

157 OECD. Explanatory Meeting: Resolution of Corporate Governance Related Disputes. Estocolmo, Suecia. 20 de marzo de 2006. p.3. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/22/37188704.pdf> [6 de junio de 2012].

para la resolución de conflictos derivados del gobierno corporativo en sociedades no cotizadas y no supervisadas.

De conformidad con datos proporcionados por la OECD en el 2006, el 20% de los conflictos relacionados con compañías que fueron dirimidos por la *International Court of Arbitration (ICC)*, fueron sobre aspectos relativos a asuntos de gobierno corporativo, específicamente: valor de las acciones, disputas entre los accionistas, remuneración del consejo de administración, disputas relacionadas con quiebras (concurso de acreedores), participación de los accionistas en los procesos de toma de decisiones y *takeovers*.¹⁵⁸

Lo anterior denota que el arbitraje se perfila como una buena forma de resolver los conflictos en materia de gobierno corporativo, sin embargo, para ello es conveniente tomar previsiones de forma tal que la cláusula arbitral que permitiría que los conflictos se diriman mediante este mecanismo esté válidamente adoptada de antemano. En el caso de España la reciente modificación a la Ley de Arbitraje permite el arbitraje estatutario, siendo que el inciso primero del artículo 11 bis indica que las sociedades podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se susciten.¹⁵⁹ A pesar de que los códigos de gobierno corporativo en sentido estricto no tienen carácter estatutario, también hemos dicho que para su exigibilidad es importante que al menos sus normas principales se incorporen en los estatutos, lo que abre el portillo para que los conflictos que se deriven, puedan ventilarse en la vía arbitral.

158 OECD. Explanatory Meeting: Resolution of Corporate Governance Related Disputes. Óp. Cit. p. 4.

159 Ley 11/2011 modificó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, para entre otras reformas incluir la posibilidad del arbitraje societario.

En Costa Rica, no obstante el arbitraje se encuentra bastante asentado como sistema alterno de resolución de conflictos desde la promulgación de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social en 1997, no disponemos de norma alguna que se refiera específicamente al tema del arbitraje estatutario, sin embargo, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, no vemos inconveniente para que las sociedades que así lo determinen puedan pactar este tipo de cláusulas en sus estatutos. No obstante, en casos en donde existan accionistas disidentes con respecto al acuerdo que aprobó el arbitraje estatutario, podría cuestionarse la exigibilidad de la cláusula.

Conclusiones y recomendaciones

- Los códigos de conducta son un excelente instrumento para que las empresas puedan autorregular su comportamiento, sobre todo en aquellos ámbitos en los que por su especialidad y complejidad técnica, la legislación es incapaz de suplir adecuadamente las necesidades del mercado.
- Los códigos de gobierno corporativo, han venido a llenar de forma importante la necesidad de control que existía en las compañías, y que se hizo patente con los grandes escándalos financieros de las últimas décadas. En el campo de las compañías cotizadas, se ha avanzado de forma importante en este tema, sin

embargo en relación con las sociedades no cotizadas y no supervisadas, se han subestimado los beneficios que podrían generar.

- En Costa Rica, el tema de gobierno corporativo aún tiene mucho camino por recorrer, muy especialmente en el campo de las sociedades no cotizadas y no supervisadas, en donde a pesar de que no existen cifras que cuantifiquen el uso de códigos de gobierno corporativo, es probable que sea mínimo.
- Costa Rica es un país con legislación societaria sumamente atrasada con respecto a los estándares internacionales, nuestro Código de Comercio de mediados del siglo pasado, tiene importantes vacíos sobre temas fundamentales como la responsabilidad de los consejeros, las obligaciones de los administradores, entre muchas otras. Es por ello que la autorregulación puede cumplir un rol importante para normar de mejor forma el gobierno corporativo en las sociedades.
- No obstante lo anterior, fomentar la autorregulación no debería ser el único mecanismo para suplir los vacíos de *hard law* que tenemos en el país, es menester acompañar esta iniciativa de nuevas normas societarias, que si bien flexibles, regulen aspectos básicos como los mencionados supra, además de contemplar idealmente la posibilidad de las sociedades de emitir códigos de gobierno corporativo y de sujetar los conflictos societarios a arbitraje.
- Los códigos de gobierno corporativo son, en nuestro criterio, un mecanismo

muy valioso para mejorar la gestión de pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas familiares, lo anterior puede incluso potencializar el rol protagónico que este tipo de empresas tienen en la economía costarricense.

- En un mundo globalizado en donde cada vez son menos los negocios que se ejecutan enteramente circunscritos a un único territorio, la autorregulación, sobre todo aquella que se promueve desde los organismos internacionales, colabora a sentar unas bases comunes para que estos negocios se puedan desarrollar en el marco de la información y la confianza.

Bibliografía

Libros

CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, Antonio. *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*. Las Rozas (Madrid): La Ley. 2005.

ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación: Génesis y efectos*. Navarra: Aranzadi. 2002.

GOÑI SEIN, José Luis (Dir). *Ética empresarial y códigos de conducta*. Las Rozas (Madrid): La ley. 2011.

OLIVAS MARTÍNEZ, José Luis (Prologuista). *Recomendaciones sobre el Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra: Thomson – Civitas. 2006.

PROCTOR, Giles y MILES, Lilian. *Corporate Governance*. Londres: Cavendish Publishing Limited. 2002.

REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid: Marcial Pons. 2010.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Personas*. Volumen I. San José. Editorial Juricentro. 5ta edición. 1998.

Artículos en publicaciones periódicas

CASADO, Fernando. Un enfoque distinto para el buen gobierno. *La ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 3. 2005. pp. 1869-1870.

CONTHE, Manuel. El buen gobierno de las sociedades. *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 3. 2005 pp.1864-1866.

FAUCHÈRE, Beátrice. La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta ¿Nuevos retos o viejos debates? *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. No.14 (2006-I). pp.93-124.

FELIÚ REY, Jorge y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. La proyectada reforma del Derecho de Sociedades en el Reino Unido: Companies Bill. *Derecho de los Negocios*. No. 194. Noviembre 2006. pp.25-34.

FERNANDO MAGARZO, María del Rosario. Códigos de Conducta. *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*. No 7. 2010. pp. 91-118.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos y DORREGO DE CARLOS, Alberto. El sistema español de gobierno corporativo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía*. No. 3 (2005). pp. 1870-1867.

ILLESCAS, Rafael. La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad. *Derecho Privado y Constitución*. Nº 17. 2003. pp. 291-306.

PAZ – ARES, Cándido. La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo. *Revista de derecho de sociedades*. No. 20. 2003. pp.67-109.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. Las agencias de rating como terceros de confianza: reputación, responsabilidad y autorregulación en los mercados financieros. Artículo inédito. 2012.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas: La 2002 Sarbanes-Oxley Act. *Derecho de los Negocios*. Noviembre, 2002. pp. 1-18.

Páginas web, artículos y documentos disponibles en internet

ABI-SAAB, Georges. Citado en: MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. Soft law: ¿Muchos ruidos y pocas nueces? *8 Revista electrónica de estudios internacionales*. 2004. [En línea] Disponible en web: dialnet.unirioja.es

ARTAVIA ARAYA, Fernando. Licitando lo ilícito: Reflexiones en torno al caso CCSS-Fishel e ICE-Alcatel. *Revista de Ciencias Sociales* 123-124: 27-34. 2009 (I-II). [En línea] Disponible en web: <http://163.178.170.74/> [Consulta: 2 mayo de 2012].

BECHT, Marco, BOLTON, Patrick y Röel, Ailsa. Corporate Governance and Control. ECGI. Finance Working Paper Nº 2/2002. [En línea] Disponible en web: <http://ssrn.com/> [Consulta: 22 mayo de 2012].

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. Cambridge Advanced Learner's Dictionary. [En línea]. Disponible en web: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/whistle-blower> [Consulta: 5 de junio de 2012].

CODE BUYSSE II. Corporate Governance for Non-listed Companies. [En línea]. Disponible en web: <http://www.codebuysse.be/> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

COMISIÓN EUROPEA. Comparative Study Of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States. Enero 2002. [En línea]. Disponible en web: <http://ec.europa.eu/> [Consulta: 27 de mayo de 2012].

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES DE ESPAÑA. Código unificado de buen gobierno. [En línea]. Disponible en web: <http://www.cnmv.es/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

COMMITTEE OF ADVERTISING PRACTICE. Code of Non-broadcast Advertising, Reino Unido. *History of self-regulation*. [En línea]. Disponible en web: <http://www.cap.org.uk/> [Consulta: 2 de mayo de 2012].

Conclusiones más relevantes de la 9na Conferencia Europea de Gobierno Corporativo. EGCI. Madrid. 2010. [En línea]. Disponible en web: <http://www.ecgi.org/> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

EASA. Autorregulación. [En línea]. Disponible en web: <http://www.easa-alliance.org/> [Consulta: 13 de mayo de 2012].

ECODA. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe [En línea]. Disponible en web: <http://www.ecoda.org/> [Consulta: 27 de mayo de 2012].

EL MUNDO. Crónica. El libro negro de las firma de marca. 2001. [En línea]. Disponible en web: <http://www.elmundo.es/cronica/2001/317/1005552045.html> [Consulta: 13 de mayo de 2012].

FERRUZ AGUDO, Luis, MARCO SANJUAN, Isabel y ACERO FRAILE, Isabel. Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español. *Aposta*. No.46. Julio, Agosto y Septiembre 2010. [En línea]. Disponible en web: <http://www.apostadigital.com/>. [Consulta: 1 de Mayo de 2012].

FINANCIAL REPORTING COUNCIL. UK Code on Corporate Governance. [En línea]. Disponible en web: <http://www.frc.org.uk/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. The End of History for Corporate Law. 2000. [En línea]. Disponible en The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://papers.ssrn.com/> [Consulta: 5 de mayo de 2012].

INICIATIVA DE LA CARTA DE LA TIERRA. CartadelaTierra. [En línea]. Disponible en web: <http://www.earthcharterinaction.org/contenido/> [Consulta: 14 de mayo de 2012].

INSTITUTE OF DIRECTORS. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK. p.15. [En línea]. Disponible en web: <http://press.iod.com/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

INSTITUTO DE GOBIERNO CORPORATIVO. Boletín Noviembre 2009. [En línea]. Disponible en web: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 3 mayo de 2012].

INSTITUTO DE GOBIERNO CORPORATIVO. Boletín Setiembre 2009. [En línea]. Disponible en web: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 3 mayo de 2012].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. Estimaciones y Proyecciones de Población para el año 2012. [En línea]. Disponible en web: <http://www.inec.go.cr/> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

INSTITUTO NACIONAL DE LA PUBLICIDAD. Código de Autorregulación Publicitaria. [En línea]. Disponible en web: <http://www.elfinancierocr.com/> [Consulta: 3 de mayo de 2012].

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Estudio de Casos de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo: Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo. 2006. p. 4. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 2 mayo de 2012].

IOD. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK [En línea]. Disponible en web: <http://www.iod.com/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

JENKINS, Rhys. Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy. United Nations Research Institute for Social Development. Abril 2001. [En línea]. Disponible en web: <http://unrisd.org> [Consulta: 8 de mayo de 2012].

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. Los códigos de conducta como fuente de derecho. Derecho Privado y Constitución. No. 17. Enero –Diciembre 2003. [En línea]. Disponible en web: http://www.indret.com/pdf/739_es.pdf [Consulta: 29 de abril de 2012].

MORATO GARCÍA, Rosa Ma. La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario empresarial. En: XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, 20 a 22 de Septiembre de 2006. [En línea]. Disponible en web: <http://www.juntadeandalucia.es> [Consulta: 5 junio de 2012].

NACIONES UNIDAS. El Pacto Mundial. [En línea]. Disponible en web: <http://www.unglobalcompact.org/> [Consulta: 14 de mayo de 2012].

OECD. Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents. OECD Working Papers on International Investment. 2001/06. Publicación de OECD. [En línea]. Disponible en web: <http://dx.doi.org/10.1787/206157234626> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

OECD. Corporate Governance of non-listed companies in emerging markets. 2006. p.9. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

OECD. Explanatory Meeting: Resolution of Corporate Governance Related Disputes. Estocolmo, Suecia. 20 de marzo de 2006. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 6 de junio de 2012].

OECD. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD. 2004. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

ORGANIZACIÓN DE COMERCIO JUSTO DEL MUNDO. Código de Práctica. [En línea]. Disponible en web: <http://www.wfto.com/> [Consulta: 7 de mayo de 2012].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE TURISMO. Código Ético Mundial para el Turismo. [En línea] Disponible en web: <http://dtxtq4w60xqp.cloudfront.net/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodees.pdf> [Consulta: 7 mayo de 2012].

PRATT, Lawrence y ROJAS, Edgar. Programas ambientales en bancos: una evaluación. Noviembre 2001. [En línea] Disponible en web: http://www.ecobanking.com/EN/productos/evaluacion/CEN_770.pdf [Consulta: 8 de mayo de 2012].

RED ESPECIALIZADA DE GERENCIA – RED COLOMBIA COMPITE. Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para Pequeñas y Medianas Empresas. [En línea] Disponible en: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 6 de junio de 2012].

REUBEN, Richard C. Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolutions Professionals. American Bar Association Section of Dispute Resolution. [En línea]. Disponible en web: <http://www.ifc.org/> [Consulta: 6 de junio de 2012].

RINCÓN CUELLAR, Yumay. Empresas familiares y gobierno corporativo: El dilema del empresario con dos sombreros. Boletín IGC – Costa Rica. No. 3. Marzo 2011. [En

línea] Disponible en web: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 3 mayo de 2012].

SORIO RUSSELL, Olivier. Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada. InDret/2010. Barcelona. Abril 2010. [En línea]. Disponible en web: <http://www.indret.com> [Consulta: 6 de junio de 2012].

VAN GESTEL, Rob. Self-regulation and environmental law. *EJCL*. Vol. 9.1. Enero 2005. [En línea] Disponible en web: <http://www.ejcl.org/91/art91-4.html> [Consulta: 7 de mayo de 2012].

WYMEERSCH, Eddy. Enforcement of Corporate Governance Codes. ECGI. Working Paper N° 46/2005. June 2005. p. 21. [En línea]. Disponible en web: <http://papers.ssrn.com/> [Consulta: 5 de junio de 2012].

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Voto 17599-2006, de las 15: 06 horas del 6 de diciembre de 2006.

Sala I de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución 59-1993, de las 14:30 horas del 31 de agosto de 1993.

EL “JUICIO POLÍTICO” O “IMPEACHMENT” EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO LATINOAMERICANO

Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas*

1. Introducción

La forma republicana de gobierno se ha caracterizado, histórica y jurídicamente, por el respeto a los principios de: a) la división de poderes (Artículo 9), la elección popular de los gobernantes (Artículos 1 y 9) , c) la temporalidad del ejercicio del poder o la renovación periódica de los mandatos (Artículo 134), d) la responsabilidad de los gobernantes (Artículo 11), y e) la igualdad ante la ley (Artículo 33), todos ellos contenidos en el articulado de la Constitución de la República de Costa Rica .

En relación con la responsabilidad política de los gobernantes, esta se encuentra consagrada en el texto constitucional de los Estados y se refleja fundamentalmente en los mecanismos de control que se establecen en la organización gubernamental. En el caso de Costa Rica, esta responsabilidad se encuentra establecida en el Artículo 11 de la Constitución Política.

Los mandatarios se rigen y son juzgados por las mismas leyes y jueces que los ciudadanos, pero tienen ciertas prerrogativas y privilegios en función de los cargos y las funciones que desempeñen. Como contrapartida, los mandatarios tienen ciertos deberes y con-

troles que también están establecidos para hacer cumplir, correctamente, su mandato.

Mediante esta investigación, se pretende describir, inicialmente, en qué consiste el concepto de “Juicio Político”, como mecanismo jurídico para el control de la responsabilidad de los gobernantes, al ejercer sus funciones. Una vez teniendo claro ese aspecto, se observará la existencia o no de la figura del “Juicio Político” en diversas legislaciones americanas, en particular el tratamiento del tema en las Constituciones argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, nicaragüense, mejicana, peruana, paraguaya, salvadoreña y uruguaya. Por último, de encontrar pruebas para señalarlo, se analizará la existencia del concepto de “Juicio Político” en la historia constitucional costarricense.

Esto permitirá señalar, de existir esa figura jurídica en los ordenamientos jurídicos indicados, la presencia de rasgos comunes en cuanto al tratamiento de ese mecanismo de control en el ejercicio de la función pública. El estudio se centrará en la aplicación de este mecanismo sobre el Presidente de la República, por ser este el cargo más importante en los sistemas presidencialistas.

* Abogado, asesor parlamentario y profesor de Historia del Derecho y Derecho Internacional Público en la Universidad Escuela Libre de Derecho

2. **Antecedentes y concepto de “Juicio Político”**

La responsabilidad política tiene que ver con la justicia de carácter constitucional, es decir, implica la responsabilidad frente al Estado frente a la forma de controlar el poder.

De acuerdo con esto, una de las principales formas de mantener alejados los anhelos autoritarios, se funda en la posibilidad de controlar el poder mediante facultades exclusivas y vías propias de cada Estado.

Señala la doctrina que, el antecedente de esta idea de responsabilidad política, acorde con una distinción de funciones estatales, se encuentra por primera vez en Inglaterra.¹ Los historiadores han señalado antecedentes del “Juicio Político” o “Impeachment” en el período de conquista normanda de ese territorio.² En los siglos XIII y XIV se dieron varios incidentes que dieron forma a esa figura jurídica, a partir de la remoción de funcionarios públicos por parte del Rey, con el consentimiento del Parlamento.³

Señala el Diccionario Merriam Webster de la lengua inglesa que el verbo “to impeach” posee las siguientes acepciones:

- 1. Establecer una acusación contra...
- 2. Establecer cargos de comisión de un crimen o una falta, específicamente,

acusar a un servidor público ante un tribunal competente por una actuación incorrecta.

- 3. Remover de su cargo a un servidor público por una actuación incorrecta...”

Aunado a lo anterior, al hacer mención a su origen, señala que se trata de un término del inglés medieval, utilizado, primeramente, en el siglo XIV, y que surge del normando “prosecute”: perseguir.

Sobre el término analizado, Alexander Hamilton, uno de los redactores de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, señaló, en el periódico “El Federalista, que la práctica del Juicio Político desarrollado por el Parlamento inglés fue el modelo que sirvió de base y que fue introducido en las Colonias inglesas en América del Norte.⁴

A partir de esa referencia, historiadores de los Estados Unidos de América y de Gran Bretaña han señalado que los juicios políticos en contra de Richard Lyons, un mercader londinense, y en contra de Lord William Latimer, un noble inglés, constituyen los primeros ejemplos de este tipo de procesos.⁵

En cuanto a la forma de desarrollo del proceso, se señala que el Portavoz de la Cámara de los Comunes acusó a Lyons y a Latimer de efectuar transacciones

1 Romney , Matthew R. The Origins and Scope of Presidential Impeachment. Disponible en URL: <http://warisacrime.org/node/35106>. Consultado el 17 de Julio del 2012.
2 Ibid.
3 Ibid.
4 Gentile, Jorge Horacio. Responsabilidad de los mandatarios y juicio político. Disponible en URL: <http://www.profesorgentile.com.ar/publi/mandata.html> Consultado el 16 de julio del 2012.
5 Romney , Matthew R. Op cit.

fraudulentas, con dinero de la Corona, en beneficio de sus intereses personales. El Portavoz de la Cámara de los Comunes solicitó, entonces, la presentación de declaraciones juradas de ex tesoreros reales ante ese cuerpo legislativo. Se señala que el Rey Eduardo III no apoyó la idea de ejercer ninguna acción contra los acusados; sin embargo, por su avanzada edad y por estar involucrado en conflictos internacionales, no pudo impedir que el Parlamento actuara en contra de los acusados. Por eso, se indica que una de las características principales del “Juicio Político” es el hecho de que el poder legislativo se avoca el derecho de sancionar a miembros de los otros poderes.⁶

El proceso concluyó, ante la Cámara de los Comunes, con una solicitud de juicio y castigo de los acusados. En relación con la petición de la Cámara se establecía que: “ En vista de lo sucedido, rogamus y solicitamos que , en beneficio del Rey y del Consejo del Parlamento, el señalado Lord Latimer sea arrestado hasta que satisfaga al Rey por sus faltas cometidas y que Richard Lyons sea juzgado, como es su derecho, por las acusaciones establecidas en su contra, que no puede, de forma razonable, rechazar”.⁷

Se señala que Lord Latimer se opuso a ser juzgado, de forma sumaria, por la Cámara de los Comunes y pidió que los cargos en su contra fueran presentados por escrito y que se le brindara asesoría legal y tiempo para preparar su defensa. Como miembro de la Casa de los Lores, es decir, miembro de

6 Ibid.
7 Ibid.
8 Ibid.
9 Ibid.
10 Ibid.

la nobleza, Latimer solicitó ser juzgado por ellos, para determinar su responsabilidad. A pesar de que no se le aceptó la solicitud de que los cargos en su contra fueran hechos por escrito, se le concedió la posibilidad de ser juzgado ante la Cámara de los Lores.

Con esto se establece el principio de que sean Cámaras diferentes las que acusen y resuelvan el proceso del Juicio Político. A partir de este hecho se introduce, también, el principio de imparcialidad que debe regir el juzgamiento de quien ha sido acusado de cometer una falta o un delito.⁸

La Cámara de los Lores fue la encargada de verificar la legalidad de los cargos, los procedimientos y las pruebas.

Cabe indicar que, según este instrumento jurídico de control de la actuación política, de las 57 personas sometidas a “Juicio Político” en Inglaterra entre 1626 y 1715, solamente cinco fueron llevadas a juicio por la Cámara de los Lores.⁹

Debido a la creación de un proceso destinado al efecto, dentro de la Cámara de los Lores, independiente del órgano encargado de presentar la acusación, es que se considera que estos procesos de 1376 le otorgaron al “Juicio Político” las bases del procedimiento empleado, en los países que tienen esta modalidad de control del ejercicio del poder político.¹⁰

Cabe indicar que, en el siglo XVII, en las colonias inglesas de América del Norte,

las asambleas legislativas usaban frecuentemente el “Impeachment” para destituir a los gobernadores. El primer caso de un “Juicio Político” que llevó a remover de su puesto a un alto funcionario fue el del Gobernador Real de Virginia John Harvey, en 1635.¹¹

En la Constitución de Filadelfia de 1787 se establece que, dentro del sistema presidencialista, al desarrollarse un “Juicio Político”, el órgano encargado del juzgamiento de todos los funcionarios civiles sería el Senado de los Estados Unidos de América y la acusación sería presentada por la Cámara de Representantes. Las principales características que lo diferenciaban del “Impeachment” inglés fueron la limitación del concepto del delito de traición y el Presidente y el Vicepresidente estaban sujetos a Juicio Político por traición, cohecho u otros delitos. Además, se entendió que “funcionarios públicos” serían aquellos designados por el Presidente, con acuerdo del Senado.¹²

La posibilidad de “enjuiciar políticamente” se encuentra contenida en el Artículo I, Secciones 2 y 3 y en el Artículo II, Sección 4, de la Constitución de los Estados Unidos de América, dónde se establecen el procedimiento y los motivos para desarrollar el “Juicio Político”¹³

Para deponer del puesto a quien haya sido acusado se requiere, de conformidad con la normativa señalada, la existencia de una acusación formal, emitida por el voto

mayoritario de la Cámara de Representantes, y un juicio y condena por parte del Senado. Esta condena debe ser aprobada por dos terceras partes del Senado.

En la historia política de los Estados Unidos de América, solo tres presidentes de esa nación fueron sometidos al proceso de “Juicio Político”: Andrew Johnson, Richard Nixon y William Jefferson Clinton.

En los casos de Johnson y Clinton, las acusaciones no prosperaron ante el Senado y, en el caso de Nixon, renunció a la Presidencia del país antes de ser acusado.¹⁴

Habiendo examinado la historia de esta figura jurídica, se pasa a analizar cómo se ha desarrollado dentro del constitucionalismo latinoamericano, observando en cuáles Estados existe y cómo ha sido regulada.

3. El mecanismo de Juicio Político en las constituciones latinoamericanas

El estudio de la legislación comparada sobre el tema del “Juicio Político” en las diversas normativas constitucionales latinoamericanas, permite señalar los siguientes aspectos:

Las únicas Constituciones Políticas que contienen, en sus textos, la referencia a la figura del “Juicio Político”, siguiendo la

característica del “Impeachment” inglés y estadounidense, de que la acusación y el juzgamiento son desarrollados por órganos distintos, dentro del Parlamento, son las de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia, la República Dominicana, los Estados Unidos Mexicanos, la República del Paraguay, la República del Perú y de la República Oriental del Uruguay.

Se puede así observar cómo la Constitución argentina indica:

Art. 52.- A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.

Art. 53.- Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.

Art. 59.- Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto.... Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

Art. 60.- Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor,

de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Señala la Constitución brasileña, sobre este tema:

Seção III
Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:
I- autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;
Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Indica la Constitución Política chilena:
Artículo 52.- Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

2) Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:

a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes.

11 Campi, German. Juicio Político. Disponible en URL: <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/Juicio%20Político.htm> Consultado el 16 de julio del 2012.

12 Gentile, Jorge Horacio. Op cit.

13 Ibid.

14 Romney , Matthew R. Op cit.

Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara;
La acusación se tramitará en conformidad a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso.

Atribuciones exclusivas del Senado
Artículo 53.- *Son atribuciones exclusivas del Senado:*
1) Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior.
El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.
La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.
Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años.

Señala la Constitución Política colombiana:

Artículo 174.- Corresponde al Senado conocer las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados del Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En

este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.
Artículo 175.- *En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:*
El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida.
Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.
Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.
El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes.

ARTICULO 178. *La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:*
3. *Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.*

ARTICULO 194. *Son faltas absolutas del Presidente de la República su muerte, su renuncia aceptada, la destitución*

decretada por sentencia, la incapacidad física permanente y el abandono del cargo, declarados éstos dos últimos por el Senado.

Menciona la Constitución Política de la República Dominicana , sobre el tema del “Juicio Político”:
Artículo 80.- *Atribuciones.- Son atribuciones exclusivas del Senado:*
1- Conocer de las acusaciones formuladas por la Cámara de Diputados contra las y los funcionarios públicos señalados en el artículo 83, numeral 1. La declaración de culpabilidad deja a la persona destituida de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de diez años. La persona destituida quedará sujeta, si hubiere lugar, a ser acusada y juzgada por ante los tribunales ordinarios, con arreglo a la ley. Esta decisión se adoptará con el voto de las dos terceras partes de la matrícula;

Artículo 83.- *Atribuciones. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:*
1) Acusar ante el Senado a las y los funcionarios públicos elegidos por voto popular, a los elegidos por el Senado y por el Consejo Nacional de la Magistratura, por la comisión de faltas graves en el ejercicio de sus funciones.
La acusación sólo podrá formularse con el voto favorable de las dos terceras partes de la matrícula. Cuando se trate del Presidente y el Vicepresidente de la República, se requerirá el voto favorable de las tres cuartas partes de la matrícula. La persona acusada quedará suspendida en sus funciones desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar la acusación;

Indica la Constitución Política mexicana, respecto de ese tema:

Artículo 74. *Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:*
V. Declarar si ha o no lugar a proceder penalmente contra los servidores públicos que hubieren incurrido en delito en los términos del artículo 111 de esta Constitución. Conocer de las imputaciones que se hagan a los servidores públicos a que se refiere el artículo 110 de esta Constitución y fungir como órgano de acusación en los juicios políticos que contra éstos se instauren.

Artículo 76. *Son facultades exclusivas del Senado:*
VII. Erigirse en Jurado de sentencia para conocer en Juicio Político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho, en los términos del artículo 110 de esta Constitución.

Menciona la Constitución Política paraguaya sobre el particular, que:

Artículo 225 - DEL PROCEDIMIENTO
El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a Juicio Político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.
La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la

Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.

Señala sobre el tema del “Juicio Político” la Constitución Política del Uruguay:

Artículo 93.- Compete a la Cámara de Representantes el derecho exclusivo de acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros de ambas Cámaras, al Presidente y el Vicepresidente de la República, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal de Cuentas y de la Corte Electoral, por violación de la Constitución u otros delitos graves, después de haber conocido sobre ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa.

Artículo 102.- A la Cámara de Senadores corresponde abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Representantes o la Junta Departamental, en su caso, y pronunciar sentencia al solo efecto de separarlos de sus cargos, por dos tercios de votos del total de sus componentes

Artículo 103.- Los acusados, a quienes la Cámara de Senadores hayan separado de sus cargos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, quedarán, no obstante, sujetos a juicio conforme a la ley

En todas las Constituciones Políticas anteriormente analizadas, se observa un

común denominador: el hecho de que, se encuentra establecido el proceso de Juicio Político con las características propias del “impeachment”, especialmente, el contemplado en la Constitución de los Estados Unidos de América. Lo anterior, en cuanto al hecho de que el órgano parlamentario acusador y el órgano decisor no son los mismos. En este sentido, se observa cómo la Cámara de Diputados o Representantes es la encargada de plantear la acusación contra el Presidente de la República, mientras que la Cámara de Senadores es la que realiza el juicio y emite el pronunciamiento para separarlo del cargo.

Otro rasgo en común, de las Constituciones que contienen el “Juicio Político” como mecanismo de control del ejercicio político, es el relativo a la proporción de senadores que debe dictar el pronunciamiento para separar del puesto al Presidente de la República. En los casos de las constituciones argentina, brasileña, chilena, colombiana, dominicana, paraguaya y uruguaya, se requiere de dos terceras partes del Senado para hacerlo.

En la Constitución Política boliviana, el enjuiciamiento político no está claramente definido, en cuanto a los órganos que lo desarrollan. En ese caso, solamente se dice que las Cámaras, reunidas en Asamblea Legislativa Plurinacional, autorizarán el enjuiciamiento del Presidente o del Vicepresidente.¹⁵

En el caso de la República del Ecuador, el enjuiciamiento no es una actuación meramente política, ya que se requiere el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional para iniciar el Juicio Político.¹⁶

En las Repúblicas de, Guatemala¹⁷ y Panamá¹⁸ no existe, propiamente, la figura del “enjuiciamiento político”, ya que lo que se establece, en sus textos constitucionales, es que el Poder Legislativo admitirá, o no, las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República. En estos casos, claramente se observa que se carece de un procedimiento, constitucionalmente establecido, que permita al Poder Legislativo deponer al Presidente de la República.

En la República del Perú, existe la fórmula para el enjuiciamiento político, sin embargo, en ella no se habla de que sean el Senado y la Cámara de Representantes o Diputados los que participan en el desarrollo del proceso, pues se trata de un Parlamento Unicameral. En este caso, únicamente se hace la mención de que participará la Comisión Permanente, que acusa, y, el Congreso, sin la participación de esa Comisión, suspenderá, de haber mérito para ello, al funcionario acusado o lo inhabilitará para el ejercicio de la función pública, hasta por diez años, o lo destituirá de su función, sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.¹⁹

En los casos de las Constituciones nicaragüense²⁰, salvadoreña²¹ y hondureña²², no hay mención del “enjuiciamiento político”. Lo único que se encuentra regulado en ellas es el aspecto de que el Poder Legislativo conocerá la renuncia de quien ejerza la Presidencia de la República.

17 Ibid.
18 Ibid.
19 Ibid.
20 Ibid.
21 Ibid.
22 Ibid.

4. El “Juicio Político” en las Constituciones Políticas de la República de Costa Rica

En la historia constitucional de Costa Rica puede indicarse que, únicamente dos constituciones han abordado el tema del “Juicio Político”, siguiendo las reglas adoptadas por el constitucionalismo de los Estados Unidos de América.

Las dos constituciones en las que se puede observar esa figura jurídica son la Constitución Federal de Centroamérica, del 13 de febrero de 1835, y la Constitución Política del 8 de junio de 1917.

La primera utilizó como base la Constitución de los Estados Unidos de América y estableció la figura del “Juicio Político” indicando lo siguiente:

*“Artículo 85. Solo a la Cámara de Representantes corresponde:
4 Declarar cuando ha lugar a la formación de causa contra el Presidente de la República, -Vicepresidente o senador si han hecho sus veces –y magistrados de la suprema Corte en los casos que expresan los artículos 148 y 149”*

*“Artículo 86. Únicamente a la cámara del Senado corresponde:
4 Juzgar constituyéndose en tribunal de Justicia los individuos a quienes la Cámara de Representantes en uso de su atribución 4, Artículo 85, haya declarado haber lugar a la formación de causa.”*

15 En URL:<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>
16 Ibid.

“Artículo 150. Todo acusado queda suspenso en el acto de declararse que ha lugar a la formación de causa; depuesto, siempre que resulte reo, e inhabilitado para todo cargo público, si la causa diere mérito según la ley...”

En ella se observa cómo el constituyente centroamericano de esa época implantó el modelo bicameral, en cuanto al desarrollo del “Juicio Político”, como estaba establecido en la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América.²³

Lo que sí no fue establecido, en esa Norma Fundamental, fue el hecho de cuál era la proporción de senadores necesaria para establecer la remoción del Presidente. No existe norma que resuelva esa interrogante, en ese documento; sin embargo, y tomando en cuenta que se basó en la normativa de los Estados Unidos de América, de haber sido necesario, probablemente se hubiera remitido a lo establecido por ese documento jurídico, es decir, que se requiera 2/3 de los senadores para establecer la sanción. Lo anterior, en virtud de una aplicación analógica de esa normativa para el caso de la República Federal centroamericana.

La otra Constitución Política de Costa Rica que se refiere a este tema es la de 1917, en sus Artículos 77 y 78. Se hace mención a ella, como señalamiento histórico, pero no se analiza por tratarse de un documento jurídico cuya existencia se ha cuestionado, por haber surgido de un Gobierno de facto y, principalmente, por la emisión de la Ley de Nulidades, Ley número 41, del 21 de agosto

de 1920, que declara absolutamente nula y sin ningún valor esa Constitución.

Cabe señalar que las otras Constituciones costarricenses, desde 1821, o contemplan sistemas híbridos en los que el juicio no sería político, ya que participa en alguna medida el Poder Judicial o no tratan el tema de la forma en la que ha sido conceptualizado por la doctrina constitucionalista comparada.²⁴

5 Conclusiones

Del análisis desarrollado en este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1- La responsabilidad política de los gobernantes ha sido una preocupación de antigua data, remontándose a la época medieval europea.
- 2- El surgimiento de mecanismos de control del ejercicio del poder, contra servidores públicos, encuentra sus orígenes en la figura del “Juicio Político” o “Impeachment”, desarrollado desde el siglo XIII en Inglaterra.
- 3- El “Juicio Político” es una actividad que, desde sus orígenes, ha sido desarrollada por el Parlamento o los Poderes Legislativos, como un mecanismo de control de ese poder sobre el poder de los mandatarios o sobre el Poder Ejecutivo.
- 4- Los procesos de “Impeachment” de 1376, desarrollados en Inglaterra, son considerados como punto de partida y

sirven de base a la institución jurídica del “Juicio Político”, ya que en ellos se establecieron las características básicas de ese procedimiento como que la acusación contra el mandatario o funcionario y su juzgamiento sean actividades realizadas por cuerpos colegiados distintos y que requieran de porcentajes determinados de votación, dentro de los cuerpos colegiados que analizan el asunto, para poder establecer las sanciones correspondientes.

- 5- La noción de que los mandatarios, y en general los funcionarios públicos, tienen ciertos deberes y controles que también están establecidos para hacer cumplir, correctamente, su mandato se ha ido desarrollando a partir de la creación de esa figura jurídica.
- 6- El establecimiento de la institución jurídica del “Juicio Político” en territorio continental americano se dio a través del desarrollo del constitucionalismo de los Estados Unidos de América.
- 7- Esa institución jurídica fue introducida en los países latinoamericanos, a partir de las regulaciones contenidas en la Constitución de los Estados Unidos de América y se encuentra más asentada en países de América del Sur que en países centroamericanos.
- 8- La institución jurídica del “Juicio Político” o “Impeachment” ha estado presente, de forma fugaz en el desarrollo constitucional de Costa Rica, sin embargo, hoy en día, no se encuentra presente en la actual Constitución Política.

Bibliografia

https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:OkgOLOyUakYJ:www.derecho.duad.unam.mx/amicuscuriae/descargas/REFLEXIONES.pdf+juicio+pol%C3%ADtico&hl=en&pid=bl&srcid=ADGEESgXrwDoOXelA35TIlgpSe0BEVHioJRGmJ6Owpo5zST5VeSn8KlgDIHKNhVzkgNdG5zrscCD4nMn-ornGwf0_jNuBL9bEy9278FwvO8xZ182G2AH6v6x23uURdHgKnIWGVDo7gcP&sig=AHIEtbSZXn0JQLoFo7WcRij2rQCT7UG5TA&pli=1

https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:IFNKmtQ5PjsJ:www.garciabelaunde.com/articulos/Antejuicio.pdf+juicio+pol%C3%ADtico&hl=en&pid=bl&srcid=ADGEESj5rli_G6J5WHoVR2asz_Wn10NUsHNtmkmVE1QP0GYSPikrO7EWd7hqiL5J7dmoibzZhro_hwNOTlXceCP75ySDycc08S5d0LPOB-4fp4bKTCj0JeQLFqVKYwHZOpfxnWDVFbC7wZ&sig=AHIEtbRoGc7wGAuY4XLPF1wtVlb_RF1JGg

<http://pdba.georgetown.edu/Comp/Legislativo/Senado/acusacion.html>

<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderputemypre1.html>

<http://derecho.laguia2000.com/derecho-constitucional/juicio-politico>

<http://www.profesorgentile.com.ar/publi/mandata.html>

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/impeach>

<http://warisacrime.org/node/35106>

23 Sáenz Carbonell , Jorge. El Despertar Constitucional de Costa Rica. Editorial Libro Libre. 1985.

24 Ibid.

EL KNOW HOW Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Lic. Marco Vinicio Alfaro Rodríguez

Este artículo realiza una revisión del tema del know how en sus aspectos generales y desde el punto de vista del contrato, haciendo un énfasis en la relación de esta figura con la de la franquicia. Se podría decir, que no es posible hablar de franquicia sin hablar de know how. Precisamente la esencia de la franquicia se encuentra en la experiencia acumulada y el conocimiento logrado, que se convierten quizás en el activo más importante de la empresa que transmite el know how. Ese saber cómo hacerlo, sobre todo cuando se trata de un negocio exitoso, así demostrado en la práctica, vale obviamente mucho dinero. La figura de la franquicia ha permitido poner al alcance de los inversionistas el poder invertir en un negocio exitoso, ya estructurado y con todos los manuales y “recetas” puestas a disposición para poder asimilar ese know how, a cambio de un pago. Esto le permite al inversionista poder tener utilidades casi que garantizadas, pues el formato de negocio ha probado que puede generar beneficios económicos

Sumario

Introducción.

Capítulo I

Concepto de Know How

- A. Conceptualización de know how por los doctrinarios
- B. Concepto de know how en el derecho comparado (breve)
- C. Know How y secreta de la información
 - 1. ¿Qué se puede entender por lo que en la doctrina, legislación y jurisprudencia se ha dado en denominar de diversas maneras como: “información no divulgada”, “información confidencial”, “secreto comercial” o “secreto industrial”?
 - 2. ¿Qué sucede cuando se patentiza la información tecnológica?
 - 3. Transmisión o transferencia de tecnología por “efecto derrame” (spillover)
 - 4. La protección jurídica de la información no divulgada en general y en el caso de Costa Rica
 - a. Características con que debe contar la información no divulgada para que sea susceptible de protección jurídica
 - b. La protección jurídica de la información en el ordenamiento jurídico costarricense
 - 5. ¿Cuáles son las ventajas que proporciona la información tecnológica no divulgada?

Capítulo II

Naturaleza jurídica del contrato de Know How

EL KNOW HOW Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

*Lic. Marco Vinicio Alfaro Rodríguez**

Introducción

El desarrollo económico de la humanidad ha tenido que ver siempre con el conocimiento, y podría decirse que la historia de éxito de las compañías que han logrado grandes cosas se debe en buen grado a que conocen aspectos del negocio que otras compañías no han logrado desarrollar. El nuevo factor de producción hoy en la era de la globalización es el conocimiento. Las ventajas competitivas de las naciones y de las empresas en la sociedad post-capitalista se miden por su desarrollo tecnológico. La empresa del siglo XXI es la empresa del conocimiento. En este orden de ideas, el Know-how se perfila como la piedra angular en el esquema productivo y organizacional de las empresas.

Ahora bien, este conocimiento no se basta por sí solo, es decir, como la historia, es un devenir evolutivo, la innovación, que se origina en la investigación y el desarrollo de ideas, productos, métodos de fabricación y organización, para poder continuar siendo la principal herramienta de desarrollo, debe constituirse en una disciplina cotidiana en el ejercicio diario de la actividad empresarial. De lo contrario el know how que se haya logrado adquirir, que representa una ventaja competitiva, dejaría de ser tal.

En otras épocas había compañías que acudían a métodos como el “espionaje industrial” para obtener el conocimiento y la experiencia necesarios para estar a la vanguardia del desarrollo en su línea de negocio. Hoy día la adquisición de Know-how se constituye en una pieza fundamental para estar acorde con los nuevos retos del consumidor o para estar a la vanguardia empresarial y competir con éxito. Muchas empresas no cuentan con el suficiente desarrollo técnico para penetrar en otros mercados, por ejemplo, en el extranjero. Sin embargo, cuentan con recursos financieros que les permiten adquirir tecnología para acceder a dichos mercados. La transferencia de tecnología y Know-how le permiten a las empresas ahorrarse muchos esfuerzos y tiempo valioso, pues para descubrir una tecnología pueden pasar décadas; mientras su adquisición inmediata puede conllevar inclusive el mejoramiento o perfeccionamiento de ésta por parte del beneficiario.

El espectacular desarrollo tecnológico de las últimas décadas, sorprendente por su amplitud y profundidad, ha exigido del derecho modelos contractuales que pretendan tutelar aspectos materiales, sociales, intelectuales, psicológicos y éticos de las personas las instituciones y las

* Especialista en Derecho Comercial Universidad de Costa Rica

Capítulo III Características del contrato de Know How

Capítulo IV Elementos del contrato de Know How

- A. Cesión
- B. Transmisión del derecho
- C. Contraprestación
 - i. Formas de pago o precio (o regalía) de la contraprestación
 - 1. El método de suma fija
 - 2. El método de la suma fijada a plazos
 - 3. El método de la fijación sobre las ventas netas
 - 4. El método de las regalías sobre las utilidades del receptor del Know How
 - 5. El método de las regalías sobre insumos y procesos
 - 6. Algunas otras cláusulas

Capítulo V Cláusulas generales del contrato de Know How

- A. Suministro del Know How
- B. Confidencialidad
- C. Exclusividad
- D. Territorialidad
- E. Sub-Concesiones del Know How
- F. Plazo
- G. Solución de conflictos o litigios
- H. Comentarios finales y posibilidad de incluir otras cláusulas

Capítulo VI “Know How” y Franquicia

- A. Franquicia. Aspectos conceptuales
- B. Características del know how transmitido en la franquicia
- C. La protección del secreto comercial en los contratos de franquicia principal
- D. Cláusulas en los contratos de franquicia principal para proteger el know how
 - a) Cláusulas de confidencialidad
 - b) Cláusulas de no-competencia
 - c) Cláusulas de reciprocidad (“grant-back”)
 - d) Restricciones al ámbito de uso

Conclusión

Bibliografía

sociedades. El derecho es el contacto con la realidad, y la influencia de la innovación tecnológica lo desafía exigiéndole ordenar, regular proteger y reequilibrar la relación de los sujetos, ya que las nuevas técnicas y procedimientos demandan de protección y regulación. El derecho reacciona cuando el impacto de la tecnología pasa de la idea a la concreción, de la realidad enfrentada a la situación de hecho. Estas innovaciones dan nacimiento a nuevos modelos contractuales y a reglamentaciones que posibiliten no sólo su protección sino su pleno desarrollo. En nuestro ordenamiento desafortunadamente los contratos de know how y franquicia no se encuentran regulados de manera específica, lo que en algún grado podría decirse que limita su desarrollo. No obstante, no por ello estas figuras contractuales han dejado de tener vigencia en nuestra economía, aunque se les ha debido dar un tratamiento jurídico acudiendo a normativa más general en materia de contratos.

El presente trabajo de investigación pretende hacer una revisión del tema del know how en sus aspectos generales y desde el punto de vista del contrato, sobre todo haciendo un énfasis en la relación de esta figura con la de la franquicia. Se podría decir, que no es posible hablar de franquicia sin hablar de know how. Precisamente la esencia de la franquicia se encuentra en la experiencia acumulada y el conocimiento logrado, que se convierten quizás en el activo más importante de la empresa que transmite el know how. Ese saber cómo hacerlo, sobre todo cuando se

trata de un negocio exitoso, así demostrado en la práctica, vale obviamente mucho dinero. La figura de la franquicia ha permitido poner al alcance de los inversionistas el poder invertir en un negocio exitoso, ya estructurado y con todos los manuales y “recetas” puestas a disposición para poder asimilar ese know how, a cambio de un pago. Esto le permite al inversionista poder tener utilidades casi que garantizadas, pues el formato de negocio ha probado que puede generar beneficios económicos. Al respecto es oportuno establecer de manera clara la diferencia que existe entre know y franquicia. Con ese fin es importante reseñar algunos aspectos que señala el Dr. Víctor Pérez: “La franquicia comercial es, entre otras cosas, un contrato de transferencia de tecnología, de transferencia de know how.”¹... “Sin embargo, el know how es sólo uno de los componentes de la franquicia comercial.”² ... “Aunque el Franchising puede implicar transferencia de know how su función va más allá.”³

Además, continuando con la reseña previa de los temas que trata el presente estudio, en los diferentes capítulos se abordan los siguientes temas: En el capítulo I se trata de definir y delimitar el concepto de know how a través de la definición que hacen muchos doctrinarios y la que establecen algunos ordenamientos en el derecho comparado, además se toca el tema del secreto comercial que lleva implícito esta figura como aspecto consustancial. El capítulo II toca el tema de la naturaleza jurídica del contrato de know how. En el capítulo III se trata el

tema de las características del contrato de know how. En el Capítulo IV se abordan los elementos del contrato de know how, haciendo un énfasis en las formas de pago o precio de la contraprestación y se detallan los métodos más usados. En el Capítulo V se señalan y explican de manera breve las cláusulas más usadas en los contratos de know how. Finalmente, en el Capítulo VI se aborda el tema del know how en relación con la franquicia. Inicialmente se delimita la figura de la franquicia, haciendo un repaso por lo que la jurisprudencia costarricense ha establecido en relación con esa figura contractual, asimismo se describen diferentes aspectos de la estrecha relación existente entre la franquicia y el know how. Luego se señalan las características del know how que se transmite en la franquicia. Posteriormente se aborda el tema de la protección del secreto comercial en los contratos de franquicia principal. Al final del capítulo se detallan las cláusulas usadas en los contratos de franquicia principal para proteger el know how, tanto durante la vigencia del contrato como cuando el contrato ha llegado a su fin.

Capítulo I
Concepto de Know How

A- Conceptualización de know how por los doctrinarios

El concepto de know how como expresión idiomática con una connotación de negocio se remonta, según se relata en libros e investigaciones, a inicios del siglo XVIII. Es una forma abreviada de la expresión norteamericana “to know how do it” que

significaría en nuestro idioma “saber cómo hacerlo”, es decir el conocer cómo hacer determinada cosa. Ese saber del que hablamos se refiere a conocimiento en el sentido técnico, específico y especializado para realizar un proceso, empresa o industria, que tiene su base y que ha sido desarrollado a través de la experiencia de años de ejercicio cotidiano y profesional de la actividad.

En la Guía de Franquicias de UNIDROIT se señala que el término *know-how* se refiere generalmente al conjunto de conocimientos profesionales que es adquirido por las personas dedicadas a una actividad específica y que es distintivo de esa actividad. Este conocimiento es usualmente una combinación de información fáctica acerca de la actividad y de la experiencia obtenida en su ejercicio.⁴

Dentro del acercamiento conceptual que se pretende resulta importante reseñar las definiciones que han esbozado algunos doctrinarios en su análisis de esta figura.

Stumpf se refiere al know how como un contrato que trata sobre un saber (técnico, comercial, económico) no protegido por derechos de tutela industriales, usualmente mantenido como secreto, y cuya explotación le permite al beneficiario no sólo la producción y la venta de objetos sino también otras actividades empresariales.⁵

Narváez García por su parte señala, que el contrato de know how: “versa sobre prestación de conocimientos relativos a objetos (piezas de prueba, modelos no registrados,

1 Pérez Vargas, Víctor, El Contrato de Franquicia, La regulación de las franquicias comerciales (Franchising) en Europa y su posible incidencia en América Latina, Revista Judicial N° 56, 1992, pág. 108
2 Gallego Sánchez, Esperanza, La Franquicia, Grefol, Madrid, 1991, citada por el Dr. Víctor Pérez Vargas en el artículo arriba citado de El Contrato de Franquicia, pág. 108
3 Pérez Vargas, Op. cit., pág. 108

4 Capítulo 11, UNIDROIT, Franquicias
5 Stumpf, Herbert, **El contrato de Know How**. Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 12.

máquinas, aparatos, herramientas, instalaciones de mecanización, inventos no patentados, etc.) datos y antecedentes técnicos que incluyen cálculos, fórmulas, planos, especificaciones, dibujos o diseños, etc.; e instrucciones para fabricar, producir o explotar un producto; o sobre procedimientos de fabricación; o comunicación de experiencias de explotación, o consejos prácticos y explicaciones sobre una patente determinada; o indicaciones para planificar la producción, distribución o venta directa y demás que se estimen complementarias”⁶

Según definición de la **Cámara de Comercio Internacional** know how significa, conocimientos aplicados métodos y datos que son necesarios para la utilización efectiva y puesta en práctica de técnicas industriales. Asimismo, según esta Cámara, el know how consiste en la totalidad de los conocimientos del saber especializado y de la experiencia, volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un producto.

Una de las definiciones que considero mejor retrata la esencia y características principales del know how es la siguiente: “el conjunto de conocimientos técnicos relativamente originales y secretos, o por lo menos escasos, que permiten a quien los detenta una posición privilegiada en el mercado”. El contrato de know how, en consecuencia, sería aquel en que “una parte mediante el pago de cierta suma, provee a otra informaciones tecnológicas escasas, de forma que posibilite a ésta una posición privilegiada en el mercado”. En suma, lo que se trasfiere, en realidad, no

es la tecnología, sino la oportunidad comercial que de ella resulta.”⁷

B- Concepto de know how en el derecho comparado

Para la **Ley Alemana**, know how es sinónimo de adelanto inventivo, procedimiento de fabricación, construcciones y demás adelantos enriquecedores de la técnica, que deben ser secreto de empresas.

“La jurisprudencia inglesa, en este punto, ha tomado una posición innovadora al considerar *know how* como un activo. Lord Radcliff, en una causa fiscal donde se intentaba definir las consecuencias tributarias de una información tecnológica, llega a admitir literalmente que *know how* es un “ítem del capital fijo”. El juez Upjohn, a su vez, en el caso “Handley Page v. Butlerworth” ‘ consideró que *know how*, a pesar de no tener “un significado preciso”, “es un activo”. Evidentemente, tal definición tiene de ser calificada, ya que la información tecnológica no se contabiliza, como un edificio. . . o basta como una patente. Lo mismo sucede, sin embargo, con otros elementos inmateriales de la actividad comercial -la respetabilidad, la imagen, la eficiencia del equipo de vendedores, etc., a pesar de que tales ítems puedan ser evaluados en dinero en caso de venta de la empresa.”⁸

En la ley mexicana sobre propiedad industrial, artículo 82, el know how se define de la siguiente manera:

“Toda información de aplicación industrial que guarde una persona física o moral

con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas.

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los medios o formas de distribución o comercialización o prestación de servicios.”

Es importante señalar que en la normativa de muchos países latinoamericanos no existe una regulación específica del contrato de know how, como sucede en nuestro país. Esto representa obviamente una serie de problemas en relación con el tratamiento que se le pueda dar a esta figura en el ordenamiento, teniendo que acudir a lo que la legislación general en materia de contratos establece, además de que a mi criterio esto limita su desarrollo en un momento histórico como el actual, en el que el desarrollo tecnológico representa, podría decirse, el principal motor del desarrollo económico.

C- Know how y secreto de la información

El abordaje de este tema lo estaré haciendo en la mayoría de los puntos a través de títulos con preguntas, que pretendo ir contestando con base en el análisis de la información obtenida acerca de los diferentes temas:

1- ¿Qué se puede entender por lo que en la doctrina, legislación y jurisprudencia se ha dado en denominar de diversas maneras como: “información no divulgada”, “información confidencial”, “secreto comercial” o “secreto industrial”?

A los conocimientos que encierra el know-how se les ha dado en denominar de muy diversas maneras, como información secreta, información no divulgada, secreto comercial, secreto empresarial o secreto industrial, entendiendo todas esas denominaciones como sinónimos.

Importante entonces dentro de este análisis poder delimitar un poco más en detalle estos conceptos: Se podría entender por secreto comercial el conjunto de las informaciones escasas, de carácter financiero, económico, comercial o tecnológico, que permiten a la empresa que las posee una posición privilegiada. La información confidencial, que igualmente puede ser de carácter financiero, comercial, e inclusive tecnológico, es parte de un secreto comercial transmitido bajo reserva de difusión, a cambio de alguna ventaja para el trasmisor. La condición de know how de ese conocimiento técnico transmitido con restricción de difusión, se encuentra determinada por la situación de que su posesión represente una ventaja en el giro de negocio de quien la recibe.

Gómez Segade señala, al referirse al aspecto oculto del secreto, que “el carácter reservado y el desconocimiento por los terceros es un presupuesto esencial para la existencia del secreto industrial. Más aún, se puede decir que la falta de divulgación del secreto constituye el elemento fundamental y decisivo para la existencia del secreto

6 Narváez García, José Ignacio. Obligaciones y Contratos Mercantiles. Colombia, Temis, 1990, p. 56
7 El concepto jurídico de know how en www.denisbarbosa.addr.com, consultada el 13 de *setiembre del 2009*
8 El concepto jurídico de know how en www.denisbarbosa.addr.com, consultada el 13 de *setiembre del 2009*

industrial”. Agrega que, “...el carácter oculto de los conocimientos es lo que proporciona una situación privilegiada al empresario (poseedor de los mismos) y dispone de algo que sus competidores no pueden utilizar porque lo desconocen; o porque, aún conociéndolo, no saben que es empleado por su competidor. La falta de divulgación es, por tanto, la base sobre la que se asienta toda la construcción del secreto industrial”⁹

En nuestro país, en lo que se refiere a este tema, en la jurisprudencia se ha destacado lo siguiente: “En lo que concierne propiamente al “know how” o secreto empresarial, abarca tanto los secretos industriales como empresariales. Asimismo se concibe en doctrina que su esencia consiste en un secreto sobre un conjunto de conocimientos de carácter industrial (de productos o procedimientos), comercial o para la prestación de un servicio, que proporciona una ventaja competitiva a quien lo posee, y que se esfuerza por no divulgarlos.”¹⁰

2- ¿Qué sucede cuando se patentiza la información tecnológica?

Cuando se patentiza la información tecnológica los Estados conceden una exclusividad legal de uso del conocimiento o tecnología que se ha registrado y le concede el monopolio sobre éste. Esto trae como resultado que el Estado que concede la patente libera la divulgación y favorece la libre circulación de las informaciones tecnológicas. Es por ello que la BIRPI (Buareaux internationaux réunis pour la protection de la propriété industrielle, littéraire et artistique), en su modelo de ley para

países en desarrollo, en relación con las invenciones se refiere al know how como la antítesis de un derecho de patente y al respecto sostienen: “La esencia del know how se funda en el hecho de que el inventor prefiere mantener en secreto los elementos desconocidos de su invento, en vez de revelarlos totalmente mediante la solicitud de patente. O bien la solicita pero eludiendo la obligación de dar determinadas indicaciones esenciales acerca del aprovechamiento del invento”.

3- Transmisión o transferencia de tecnología por “efecto derrame” (spillover)

En la doctrina, en diversos ensayos y artículos, en las últimas décadas, cuando se habla de fenómenos como el de la inversión extranjera en los países, sobre todo en los que se usado en denominar como países en desarrollo, se ha venido desarrollando un concepto o teoría conocido como “efecto derrame”. De acuerdo a esta teoría se sostiene la tesis de que al producirse una inversión extranjera de países desarrollados en países de menor desarrollo, en donde estas compañías transnacionales son poseedoras de la última tecnología y de importante experiencia y conocimiento con características de know how, al llevar a cabo su actividad productiva en esas latitudes, estarían generando una especie de derrame sobre las economías de éstos, en donde necesariamente se produciría algún grado de transferencia de tecnología. Es claro que no nos encontramos ante un concepto de transferencia comercial de tecnología como lo sería en el caso del know how, sino ante

un proceso de transferencia por “goteo” o “filtración”, generada como un evento espontáneo, difícil de controlar, y que no es, en el mayor de los casos, voluntario. Es más, en algunos casos se ha llegado a considerar que el aporte que realizan estas compañías transnacionales a la economía de los países en donde invierten, en términos de transferencia de tecnología, es ínfimo o casi nulo, pues el interés de éstas es ante todo un afán de generar utilidades, que finalmente son repatriadas a sus países de origen.

No obstante lo anterior, no puede negarse que a través de la actividad de las compañías extranjeras o transnacionales se produce una transferencia de tecnología a través del derrame de conocimiento. De gran importancia resulta poder determinar cómo se produce esa transferencia de tecnología por derramamiento. Sinani y Meyer, citados por Fabián Kelso en su Trabajo Final de Graduación, hacen una sistematización específica de ese tema cuando señalan: “... los derramamientos de transferencia de tecnología pueden materializarse mediante cuatro canales: demostración-imitación, entrenamiento de empleados, competencia, y ligámenes horizontales”.¹¹

Podemos enunciar un detalle breve de estos canales que plantean Sinani y Meyer:

- a- **La imitación (o ingeniería en reversa):** Es propiciado por la existencia de un producto determinado en el mercado que es estudiado e investigado por quien quiere aprender de él, de sus

características, o para decirlo en términos más sencillos, por quien quiere imitar el producto (o copiarlo);

- b- **La información tecnológica libre:** Esta información está presente en el mercado y se puede acceder a ella de muy diversas maneras, ya sea a través de material escrito, en libros o revistas, o en internet;
- c- **La participación de profesionales:** Las compañías extranjeras o denominadas también transnacionales contratos profesionales del país donde instalan sus filiales y cuando estos empleados dejan de laborar con esas compañías inevitablemente se llevan consigo una porción de ese conocimiento que necesariamente se puede trasladar a empresas locales o a las que éstos podrían iniciar.

Kelso, hace un planteamiento muy interesante acerca del tema del spillover o conocimiento derramado, que tiene por intención caracterizar a este fenómeno como un tipo de transferencia de tecnología que difiere del concepto de know how fundamentalmente por no contar con el carácter secreto del conocimiento, pero que no obstante posee un valor comercial. Al respecto señala: “... en efecto, el conocimiento transmitido mediante el derrame o spillover es un conocimiento aparte, un conocimiento no enmarcado dentro de las consideraciones del contrato de know how por no ser necesariamente secreto y porque no se transmite, por definición, necesariamente con un contrato.”¹²

9 Gómez S., J. A. (1974). “El Secreto Industrial (Know-how)”, Editorial Tecnos, Madrid, pp.411.

10 Sentencia N° 442-2005, Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda

11 Sinani, Evans. Meyer, Klaus., Identifying Spillovers of Technology Transfer from FDI: The Case of Estonia, Centre for East European Studies, Copenhagen Business School, 2002, p. 3, citado por Kelso Hernández, Fabián, “La Teoría del Derramamiento de Tecnología como Posible Origen de una Nueva Figura Contractual”, Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008, pág. 28

12 Kelso Hernández, Fabián, Op. Cit., pág. 54

El autor propone una nueva figura contractual a la cual se le denominaría Contrato de Transferencia de Tecnología por Derramamiento. Esta figura contractual que propone el autor cumpliría a la vez con dos objetivos: por una parte se estaría estableciendo un compromiso de confidencialidad y no competencia, que ya es usado hoy día en las compañías, pero además establecería una obligatoriedad a cargo del patrono para que éste pague una suma de dinero que compensaría el tiempo razonable durante el cual el empleado no deba competir directamente contra el empleador.

Este tipo de figura la traduce también el autor al ámbito de la economía nacional, en la relación entre Estado y empresas extranjeras, en donde se podría establecer una relación que pudiera tomar en cuenta, dentro de los aspectos más importantes, el derramamiento de conocimiento, ya no como una consecuencia previsible de la actividad de éstas, sino más bien como un compromiso, a cambio de determinadas prerrogativas que estuviese dispuesto a aceptar el Estado, que podrían ser de orden fiscal, por ejemplo, como las ya existentes en el régimen de zonas francas.

En cuanto a la filosofía que subyace en esta propuesta, y que sirve quizás de justificación principal a esta figura negocial, el autor señala lo siguiente: “La inclusión del contrato de derramamiento de tecnología por derramamiento en la vida contractual, tanto pública como privada, nos presenta la posibilidad de proteger un elemento con un valor determinable pero normalmente despreciado: el conocimiento adquirido

a través del derramamiento en un medio tecnológicamente intenso. Esto ofrece la oportunidad, para muchas empresas ricas en conocimiento, de proponer una negociación más atinada con sus trabajadores o terceros contratantes, o con el Estado mismo, así como la posibilidad de obtener una ganancia adicional sobre un bien transmitido, o proteger sus intereses ante eventuales competidores. Esto incluso llega a definir más claramente las reglas del juego y sus oportunidades de negocio, y hasta nos atreveríamos a señalar que incrementa el porcentaje de seguridad jurídica que media en sus relaciones laborales o comerciales. El instrumento es interesante, además, por partir del supuesto, en términos económicos, de una relación ganar-ganar, en la cual en un principio los beneficiados por el derramamiento son tanto el transmisor como el receptor.”¹³

4- La protección jurídica de la información no divulgada en general y en el caso de Costa Rica

a- Características con que debe contar la información no divulgada para que sea susceptible de protección jurídica

En relación con este tema se hace necesario establecer una secuencia lógica que nos lleve a determinar que es lo que hace, a la información secreta, no divulgada, que cuente con características de know how, susceptible de ser protegida jurídicamente.

Cabanellas refiere en este sentido: “Esos conocimientos técnicos capaces de adquirir valor son de muy distinta naturaleza. Los habrá con aplicación industrial, utilizables en la agricultura, requeridos por la minería,

empleables en la prestación de servicios, etc. Todos ellos presentan la característica común de cumplir una función económica, de poder ser protegidos mediante su mantenimiento en secreto y de requerir de tutela jurídica para su elaboración, uso y diseminación. Esa característica es la que justifica la protección de la tecnología industrial y la que debe igualmente fundamentar la extensión del régimen jurídico de los conocimientos técnicos a todos ellos”.¹⁴

De acuerdo a lo que han señalado los doctrinarios y se ha planteado en el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (Acuerdo sobre los ADPIC, también conocido por sus siglas en inglés “TRIPs”, el cual está contenido en un anexo al Acuerdo por el que se establece la *Organización Mundial del Comercio* firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994), para que la información no comunicada pueda ser sujeta a protección es necesario que se den las siguientes condiciones:

i- **Que sea secreta**, en el sentido de que no sea, en la configuración y reunión precisas de sus componentes, conocida en general ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión. Cabanellas de las Cuevas manifiesta al respecto, que “la condición de confidencialidad de la tecnología es un requisito fundamental para su protección jurídica”.¹⁵

ii- **Que tenga un valor comercial por ser secreta**. El valor comercial de esta información tiene una relación directa con la condición de ser secreta, pues si se convirtiera en información de dominio público perdería ese valor; y

iii- **Que haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla**”. A este respecto nuestra jurisprudencia ha señalado en una resolución ya mencionada anteriormente: “Este último aspecto de ausencia de divulgación se materializa en el hecho de que el titular de los derechos ejecuta acciones tendentes a impedir que terceros conozcan el secreto empresarial, de donde se deduce que si el poseedor del secreto que le otorga ventajas competitivas no toma las medidas de ocultamiento correspondientes no podrá hablarse de secreto empresarial, ni el ordenamiento jurídico otorgará protección al poseedor del secreto. (Véase Jonny Antonio Dávila, en: www.ventanalegal.com/revista.ventanalegal/transferencia.tecnologia.htm. Páginas 6 y 7)”.¹⁶

b- La protección jurídica de la información en el ordenamiento jurídico costarricense

Dentro del presente análisis además, resulta importante no dejar de lado lo que en

13 Kelso Hernández, Fabián, Op. Cit., pág. 97

14 Cabanellas de las Cuevas, G. (1984). “Régimen Jurídico de los Conocimientos Técnicos”. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., pág. 39

15 Cabanellas de las Cuevas, G. (1984). “Régimen Jurídico de los Conocimientos Técnicos”. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., pág. 60

16 Sentencia N° 442-2005, Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda

relación con el tema del secreto comercial o industrial pueda existir en nuestra legislación costarricense. Al respecto debemos decir que en algunas leyes se regulan aspectos que quizás no coinciden de manera exacta con el tema en cuestión pero que vale la pena mencionar.

i- **La Ley N° 7975, Ley de Información No Divulgada:** En ella se disponen normas para determinar el ámbito de protección y la información excluida de la misma; se establecen las condiciones para autorizar el uso de información no divulgada a terceros, las formas de adquisición o divulgación sin consentimiento del titular; se regula la responsabilidad y confidencialidad en las relaciones laborales o comerciales; se protegen los datos suministrados para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o agroquímicos; y se protege además la información no divulgada por parte de las autoridades administrativas y judiciales en los respectivos procedimientos. Importante también señalar, que a través de esta Ley N° 7975, el ordenamiento concede protección a todo tipo de información que constituya para su titular una ventaja competitiva frente a terceros y brinda la protección al poseedor del secreto cuando éste le es arrebatado de una forma contraria a la ley y a las buenas costumbres por un tercero.¹⁷

Finalmente, con respecto a esta ley, importante destacar, que no obstante las regulaciones que ella establece, tiene

por fin el poder contribuir y promover la innovación tecnológica y la transferencia y difusión de tecnología, en beneficio recíproco de productores y usuarios, de modo que se favorezca el bienestar socioeconómico, así como el equilibrio de derechos y obligaciones.

- ii- **Código de Trabajo:** Se estipula como obligación de los trabajadores el deber de guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que ejecuten; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono).¹⁸
- iii- **Ley de promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472:** En su Artículo 17 sobre la competencia desleal, expresa como prohibidos los actos contrarios a las normas de corrección de los buenos usos mercantiles que causen daño y en su en su inciso d se acusa al uso, la imitación, la reproducción o la enajenación indebidos de marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, expresiones de propaganda, inscripciones, envolturas, etiquetas, envases o cualquier otro medio de identificación, correspondiente a los bienes o servicios propiedad de terceros. Prohibiendo cualesquiera otro acto de competencia desleal que distorsione o transforme el mercado en perjuicio del

consumidor o los competidores, dando la posibilidad de recurrir a la vía judicial, por medio del procedimiento sumario del Código Civil.

- iv- **Ley de Biodiversidad de 1998, N° 7778:** de acuerdo a la cual el Estado se obliga a otorgar la protección a las formas de conocimiento e innovación, mediante patentes, secretos comerciales, derechos de autor, derechos intelectuales comunitarios sui generis, etc.¹⁹
- v- **Código Penal:** Nuestro Código Penal en dos de sus artículos tipifica y sanciona la conducta de divulgación de secretos cuando establece: “Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa.

Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años.”²⁰

Además en su artículo 339 establece: “Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el funcionario público que divulgare

hechos, actuaciones o documentos, que por ley deben quedar secretos.”

5- **¿Cuáles son las ventajas que proporciona la información tecnológica no divulgada?**

Cuando nos referimos al tema de las ventajas que puede proporcionar la información tecnológica no divulgada se hace necesario también establecer un desarrollo lógico de acuerdo al cual se pueda quedar claro como se genera el valor económico atribuido a ésta. Para ello podemos hacer una división de los aspectos principales:

- a- **El carácter beneficioso del conocimiento:** Font Segura al respecto señala que “... El carácter beneficioso del secreto proviene de la exigencia del carácter competitivo del conocimiento (...) La información reservada debe tener carácter competitivo al conferir una ventaja económica en el mercado.²¹ Podemos entonces decir, que en primera instancia lo que existe es un conocimiento específico de carácter beneficioso para quien lo posee y que además cuenta como característica el tener un carácter competitivo, es decir que le otorga una ventaja a su poseedor.
- b- **La ventaja competitiva:** En relación con este tema el autor Cáceres Barraza

17 Artículo 6. - Responsabilidad: Serán responsables quienes hayan actuado de manera contraria a los usos comerciales honestos y que, por sus actos o prácticas, hayan utilizado, adquirido o divulgado información confidencial sin la autorización del titular; asimismo, los que obtengan beneficios económicos de tales actos o prácticas. Ley de Información no Divulgada, N° 7975 de 22 diciembre de 1999.

18 Código de Trabajo, 9 Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 1999 artículo 71

19 El artículo 82 de la Ley de Biodiversidad, determina los derechos intelectuales comunitarios sui generis como: conocimientos, prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales, reconocidos por la sola existencia de la práctica cultural relacionados con los recursos genéticos y bioquímicos, en el que no se requiere declaración previa (pero inventariados según el artículo 84), reconocimiento expreso ni registro oficial, comprendiendo prácticas futuras que adquieran tal categoría. Este reconocimiento implica que ninguna de las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial nacional e internacional afectarán tales prácticas históricas. Ley de Biodiversidad, N° 7788 de 30 de abril de 1998.

20 Código Penal, Artículo 203

21 Font S., A., “La Protección Internacional del Secreto Empresarial”. Madrid, Eurolex, pág. 54

señala: “La ventaja competitiva se obtiene, por lo general, de las técnicas innovadoras y de los conocimientos técnicos y comerciales aplicados –sea que fueren útiles o no-; pero éstos no se logran sino después de haber invertido gran cantidad de tiempo y esfuerzo, por no citar tan sólo el dinero; y es esa inversión la que empuja a los empresarios a mantener en reserva los conocimientos desarrollados que le brindan fuerza competitiva y valor de licencia”.²²

- c- **La situación privilegiada:** Portellano Díez, al referirse sobre este tema afirma: “es preciso que la información posea el carácter de reservada u oculta. El desconocimiento por los terceros constituye, como es obvio, el presupuesto esencial de su existencia y protección. El carácter reservado de los conocimientos es lo que proporciona una situación privilegiada al poseedor de los mismos. Dispone de algo que sus competidores no pueden utilizar porque lo desconocen”.²³
- d- **El valor económico en el mercado:** Con base en lo anteriormente señalado podemos afirmar entonces que el know how es un conjunto de conocimientos, ideas y experiencias del saber especializado que no han sido divulgados, susceptibles de aplicación a la industria y al comercio debido al valor comercial que poseen. Ese valor comercial del que hablamos tiene que ver con el carácter beneficioso del conocimiento que otorga una ventaja competitiva a quien lo posee lo coloca en una situación de privilegio frente a sus

competidores en el mercado y por tanto lo hace susceptible de poder transmitirse a cambio de una contraprestación económica. Esa contraprestación económica que alguien está dispuesto a pagar constituye el valor comercial del que hablamos.

Capítulo II
Naturaleza Jurídica del contrato de Know How

La naturaleza jurídica del presente contrato es muy discutida y variada; sin embargo, para efectos didácticos los agruparé en dos vertientes, para luego dar la opinión personal respectiva.

A- En primer lugar está aquella vertiente que indica que la naturaleza jurídica del contrato de Know How está dada por la similitud de otros contratos: compraventa, locación de servicios o de obra, sociedad y arrendamiento; y por la falta de regulación legal, permite la aplicación por analogía de las normas que respectivamente regulan a estos contratos.

Sin embargo, ello no es muy exacto, debido que la similitud no indica absorción de este contrato en otras figuras distintas (por las peculiaridades que la hacen diferenciar de otros contratos); además, la falta de regulación no indica la aplicación de normas destinadas a contratos específicos, al contrario, debe de impulsar la necesidad de legislar específicamente al contrato de transmisión de Know How.

- a- **Con el contrato de compraventa.-** La similitud se basa en que el Know How como “bien” puede ser vendido, es decir, darse una transferencia de propiedad, a cambio de un precio; sin embargo, esta semejanza no permite la absorción del contrato de transmisión del Know How con la compraventa; para ello lo fundamentaré con los siguientes argumentos.

En el contrato de transmisión del Know How en la modalidad de venta puede darse una relación de prestaciones sucesivas, cuya ejecución difiere en el tiempo (tracto sucesivo), situación que no se da en el contrato compraventa.

El contrato de compraventa admite un traslado de dominio, situación que no se da en el contrato de transmisión de Know How, debido a que el objeto del mismo es un bien inmaterial.

- b- **Con el contrato de sociedad.-** La similitud radica en que la transmisión del Know How puede inferir un vínculo societario del mismo; sin embargo, existen diferencias:

En el contrato de transmisión del Know How no siempre hay un fin común, sus intereses son contrapuestos.

El contrato de transmisión de Know How puede formar parte del marco de la colaboración empresarial; no obstante, este es un marco general que puede comprender el contrato de sociedad, Joint Venture, consorcio, entre otros,

donde estas figuras contractuales son independientes los unos de los otros.

- c- **Con el contrato de arrendamiento.-** La similitud radica en el tracto sucesivo de la ejecución de la prestación y en la cesión del bien objeto del arrendamiento; pero, presentan las siguientes divergencias: El contrato de arrendamiento recae en bienes corporales y no en conocimientos técnicos secretos. El contrato de arrendamiento exige renta como contraprestación; en cambio, en el contrato de transmisión de Know How en el ámbito de pago se habla de regalías.

En resumen, se puede continuar diferenciando contrato por contrato, sin embargo ese no es el objeto del presente estudio, pues el criterio es más bien el de considerar que la naturaleza jurídica del contrato de transmisión del Know How no está dada por la equiparación con otras figuras contractuales, sino más bien identificar una estructura propia del presente contrato.

B- En segundo lugar, tenemos la corriente que entiende la naturaleza jurídica de la transmisión contractual del Know How de acuerdo a su característica principal de constituir un “contrato sui generis”; planteando como argumentos la diversidad de los posibles contenidos del know how, sus diferentes modalidades de transmisión y la imposibilidad de asimilar lo anterior a figuras contractuales de otra naturaleza. Por esa naturaleza híbrida, que va más allá del poder considerar a este contrato “sui generis”, es por lo que se hace necesaria una regulación legal específica.

²² Cáceres Barraza César; “Protección Jurídica de los Secretos Empresariales” Ed. Cuzco, Lima, 2002, pág. 91.
²³ Portellano Díez, Pedro; “Protección de la Información no divulgada”, en Material de Lectura N° 4, Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Semestre 2004-I.

Capítulo III
Características del contrato de Know How

El contrato de transmisión de Know How reviste las siguientes características:

- 1- **Es un contrato principal**, porque su nacimiento no depende de la celebración de negocio jurídico alguno; sin embargo, es común que se transfiera acompañado de otras figuras jurídicas - especialmente de índole contractual -, como una asistencia técnica, una franquicia, o un paquete de licencia, dentro de la transferencia tecnológica o dentro de contratos de colaboración empresarial, etc.
- 2- **Es un contrato atípico**, al no estar regulado en el ordenamiento jurídico costarricense de manera específica. No obstante, en otras latitudes existen instrumentos legales que norman a esta figura contractual: en la Unión Europea, asimismo, algunos países latinoamericanos como México, Brasil, Chile y Argentina presentan textos legales que afectan algunos aspectos del contrato de transmisión del Know How, sea en su inscripción o en las formas de transmisión y algunas cláusulas, pero no la regula en su totalidad.
- 3- **Es un contrato complejo**, porque su estructura y objeto pueden revestir distintos esquemas negociables, por ejemplo una cesión de Know How con opción exclusivo de venta del mismo o la concesión de los conocimientos técnicos reservados conjuntamente con entrenamiento de personal, tecnología adicional, etc.

- 4- **Es un contrato consensual**, porque se perfecciona con el consentimiento de las partes, es decir, basta con el cruce de la oferta y aceptación para el nacimiento del mismo; ulteriores requisitos como entrega o inscripción debe ser entendida como mecanismos de publicidad y protección jurídica a favor de los contratantes.
- 5- **Es un contrato constitutivo**, porque crea relaciones jurídicas entre los contratantes, aunque es factible la celebración de un contrato modificativo o regulatorio del mismo, tendiente a modificar, añadir o especificar algunos elementos del contrato primigenio.
- 6- **Es un contrato de prestaciones recíprocas**, debido que, cada parte debe realizar una prestación a favor de la otra; así por ejemplo la prestación del transmisor en suministrar el Know How y la contraprestación del receptor de realizar y utilizar mejoras del mismo, o la prestación del transmisor en suministrar conocimientos adicionales y la contraprestación del receptor en emplear el nombre o marca del transmisor o del titular o de un tercero. En suma, existe una reciprocidad de prestaciones que no siempre puede ser el pago de regalías - en el caso de cesión del Know How -, aunque la misma sea la más usual y que aporta interesantes beneficios económicos.
- 7- **Es un contrato conmutativo**, porque las partes tienen la posibilidad de conocer por anticipado los sacrificios y beneficios que importa la celebración del contrato.

- 8- **Es un contrato que por sus efectos es generalmente de ejecución inmediata**, es decir, las prestaciones son exigidas al momento de celebrarse el contrato, aunque las partes pueden convenir que los efectos del mismo (cumplimiento del sinalagma específico) sea después de celebrado el contrato.
- 9- **Es un contrato que por el tiempo de ejecución de las prestaciones puede ser de ejecución única o por tracto sucesivo**; por ejemplo: ante la venta del Know How la ejecución es única, es decir, se suministra el Know How y se paga el respectivo precio; sin embargo, en la cesión de los conocimientos técnicos la ejecución de las prestaciones será diferida (ej.: el pago periódico de regalías), configurando una ejecución continuada o bien periódica o escalonada.
- 10- **Es un contrato ya sea de cambio**, cuando se estipula la venta del Know How, **o de goce**, cuando sólo se estipula el uso y disfrute del mismo.
- 11- **Es un contrato que puede ser paritario**, es decir, que exista una negociación previa; no obstante, el transmisor puede de antemano haber determinado las cláusulas y estipulaciones, en donde sólo el receptor le queda aceptarlas o rechazarlas, es decir, **puede darse un contrato por adhesión** (como usualmente se da en el Know How comercial en relación con otras figuras jurídicas como una franquicia).

- 12- En lo que respecta a su valoración, este contrato **puede ser oneroso o a título gratuito**, es decir, la reciprocidad de prestaciones entre las partes puede significar un enriquecimiento o empobrecimiento correlativo o solamente una parte sufre el sacrificio.

Capítulo IV
Formas de transmisión del Know How

A- Cesión

La forma de transmisión por excelencia del know how es por medio de la cesión, es decir a través del permiso de uso y explotación del mismo por parte del titular del know how en beneficio del receptor de los conocimientos técnicos. Al respecto Cabanellas lo define cuando: “Se transfiere meramente el uso de la tecnología por un periodo determinado”.²⁴

El derecho de propiedad que tiene el titular sobre el know how lo conserva, lo que se cede son las atribuciones del derecho de propiedad, como son el goce, uso y explotación. Esta cesión se encuentra sujeta a las restricciones que el transmisor quiera estipular y en las cuales haya un acuerdo entre ambas partes. Éstas pueden ser estipuladas en cuanto a tiempo, territorio, prohibición de sub-cesiones u otros aspectos. Podría ser, por ejemplo, que el titular pueda ceder el know how a tantos sujetos como crea conveniente, de no haberse pactado cláusulas de exclusividad o territorialidad.

24 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado**. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980, pág. 57

B- Transmisión del derecho

Entre los doctrinarios ha existido una discusión en torno a admitir la posibilidad de la venta del know how. Un sector de la doctrina rechaza la posibilidad de la venta, entre ellos podemos encontrar a Cabanellas, el cual al respecto señala “No se puede hablar de venta sino cesión porque lo que se transmite son derechos y no cosas”²⁵. Este argumento de Cabanellas tiene su base en el hecho de que la legislación argentina, en el Código Civil, artículos 1323 y 1444, habla de compraventa sobre cosas, por lo que, tratándose el know how de un bien inmaterial, no se podría hablar entonces de venta. Similar situación se evidencia en textos legales de España y Alemania.

No obstante, otro sector de la doctrina considera que la venta es sobre los derechos más que del bien. Albaladejo al respecto señala: “Casi se podría decir que la compraventa lo es siempre de derechos, ya que cuando se vende una cosa, se trata - al menos tendencialmente - de transmitir la propiedad de la misma, es decir, un derecho sobre ella, razón por la que la compraventa tendería en todo caso - como ya lo ha puesto en relieve incluso algún código moderno - al cambio de un derecho (de propiedad o de otra clase) por un precio”²⁶.

En ese mismo sentido, el artículo 1470 del Código Civil italiano de 1942 establece, “la venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho”; por lo tanto, la venta se equipara a la transferencia de derechos: propiedad, autor, inventor, etc.

A resumidas cuentas, más allá de esa polémica podemos decir, que la venta sobre los derechos del know how se da en la práctica y por ello debemos considerarla como una de las formas de transmisión. Es entonces, que frente a la posibilidad de venta del Know How, se deben de precisar algunos aspectos básicos:

- a- **El objeto:** Debe estar bien claro que el objeto de la transferencia es el saber o conocimiento técnico aplicable a nivel empresarial, de carácter secreto por su alto valor económico, y susceptible de contratación, es decir, se trata de conocimientos técnicos reservados.
- b- **Lo relativo a la propiedad y dominio:** debemos de señalar que el término correcto en la venta del Know How es la transferencia de propiedad y no el traslado de dominio, debido que, el término dominio es diferente al de propiedad, porque dominio hace referencia a la titularidad sobre un objeto corporal, en cambio, propiedad, como término más amplio, refleja titularidad o pertenencia de bienes.
- c- **Los sujetos:** Como la transferencia del Know How es mediante un contrato, se puede decir que existe una parte que entrega el Know How y otra parte que recibe el Know How, sin embargo, el término con que se encuadraría cada parte es discutible. Se debe de encontrar un término que englobe a los sujetos y a los actos que éstos pueden realizar, sin confundirse con otras figuras contractuales. Este término sería el de

transmisor y receptor, porque la misma permite encuadrar la actividad de cesión y venta, es decir, el transmisor puede ceder o vender su Know How y el receptor sería el beneficiario del mismo; además, no se confundiría con otras figuras contractuales. El transmisor es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera - aunque sometida a ciertas restricciones en algunas legislaciones cuando afecte la seguridad de Estado- quien entrega el Know How determinado. No necesariamente puede ser el titular del mismo, porque es posible el contrato de bien ajeno mediante la promesa o hecho de tercero o a través de un poder, etc., el cual, plasmaría el hecho, que el transmisor se compromete en entregar el Know How de otro quien es su titular. El receptor es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera - de igual forma sometida a ciertas restricciones cuando afecte la seguridad de Estado - quien recibe el Know How, inclusive es el directo beneficiado, salvo que se autoriza sub-licencias con cláusulas de exclusividad, que permita que un tercero se beneficie del mismo.

- d- Deben de solucionarse y quedar lo suficientemente claros los aspectos específicos de la venta del know how o transferencia de su propiedad.

C- Contraprestación

La contraprestación en esta relación contractual por parte del receptor del know

how consiste en la obligación dineraria en el mayor de los casos a que éste se encuentra obligado. A este respecto Chuliá señala: “El adquirente del Know How asume como obligación principal frente al cedente o vendedor, la del abono de la remuneración acordada”.²⁷ En esta relación el transmisor del Know How asume como derecho y el receptor como obligación una contraprestación, traducida usualmente en una remuneración, pago, precio, regalía o royalty (designación internacional de la regalía), la misma, es una manifestación de la reciprocidad de las prestaciones entre los sujetos que intervienen en el contrato.

Vale la pena destacar, que a través del tiempo el concepto de esta contraprestación ha sido objeto de algunas modificaciones. Al respecto Cabanellas ha señalado: “La obligación de pagar regalías, como contraprestación por la licencia recibida, puede ser eliminada, sin que se altere la esencia del contrato”;²⁸ Otro autor, Arias-Schreiber, plantea “... esta característica no es, sin embargo, esencial, ya que nada impide que se convenga la cesión del Know How a título gratuito, sin obligación de pago por parte del adquirente. Ello ocurre con frecuencia en el ámbito de los contratos de suministro de bienes de equipamiento industrial, que incluye cláusulas de cesión gratuita de Know How como parte integrante de los mismos. Es importante recalcar que se trata de situaciones especiales y que lo usual es que se trate de un contrato que implique una obligación de pago por parte del adquirente”.²⁹

25 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado**. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980, pág. 32
26 Albaladejo, Manuel. **Derecho civil**, Tomo II, Volumen II, 13ava. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 8.

27 Chuliá Vicent, Eduardo Y Beltrán Alandete, Teresa, **Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos**, pág. 260
28 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado**. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980, pág. 289
29 Arias-Schreiber Pezet, Max, **Exegesis del Código Civil peruano de 1984**, Tomo II, 3ra. Edición, Editorial San Jerónimo, Lima, 1988, pág. 114

Según se señala anteriormente, la “contra-prestación” puede significar one-rosidad o a título gratuito. Por lo tanto, si no existe una obligación de pago, no significa que no exista contraprestación, la misma, puede traducirse en otras prestaciones.

En resumen, la contraprestación es el elemento esencial en el contrato de transmisión de conocimientos técnicos reservados, siendo onerosa o gratuita; en donde la manifestación más usual es el pago o precio - si se trata de venta - o regalía - si se trata de cesión - habiendo la posibilidad de otras prestaciones, como el de explotación, comunicación de mejoras, asistencia recíproca, entre otras.

i- Formas de pago o precio (o regalía) de la contraprestación

En lo que se refiere a las formas de pago debemos decir que se presenta, en la mayor parte de los casos, como el pago de un precio, específicamente en la regalía para el caso de cesión de know how. Los contratantes podrán determinar libremente la forma de pago de las regalías, puede ser en dinero, incluso en moneda extranjera, o en especie; sin embargo, la costumbre es que se haga a través de dinero, lo que significaría que si se quisiera pagar de otra manera se requeriría una cláusula específica.

En cuanto a los métodos o formas de acuerdo a los cuales se estaría haciendo el cálculo del precio o las regalías algunos doctrinarios han propuesto algunos. El autor Cogorno ha enunciado los siguientes:

- a) una porcentual sobre las ventas netas,
- b) un porcentual sobre las ventas brutas,
- c) un porcentual sobre cada producto elaborado,
- d) un porcentual sobre cada producto vendido,
- e) un porcentual sobre cierto tipo de medidas, ya sea de longitud, volumen o peso.³⁰

Por su parte Cabanellas señala las siguientes variantes:

- a) suma fija pagadera al contado,
- b) suma fija pagadera a plazos,
- c) porcentaje de las ventas netas,
- d) porcentajes de las ventas brutas,
- e) tasa específica por cada unidad manufacturada,
- f) tasa específica por cada unidad vendida,
- g) porcentaje del valor del producto licenciado,
- h) porcentaje del incremento del valor de los bienes de los cuales el producto licenciado es un componente,
- i) tasa específica en función del empleo de determinado proceso,
- j) tasa específica en función del empleo de elementos proporcionados por el licenciante,
- k) porcentaje de las utilidades obtenidas,
 - 1) alguno de los procedimientos indicados de c) a k), supra, con la estipulación de regalías mínimas, máximas o variables.³¹

1- El método de la suma fija

Este método se refiere a aquella forma de pago cuando las partes convienen que el

30 Cogorno, Eduardo Guillermo, **Teoría y práctica de los nuevos contratos**. Editorial Meru, Buenos Aires, 1987, p. 269
31 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado**. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980, pág. 296

receptor del know how pague una sola suma previamente acordada en el contrato, o bien una suma fija por cada objeto vendido. Stumpf al respecto señala: “La liquidación más fácil cuando las partes convienen en que el beneficiario pague, o bien por el objeto que ha producido sobre la base del contrato, o bien por cada objeto vendido, una suma fija”.³²

Esta modalidad presenta la desventaja de que el transmisor del know how no tiene participación en los incrementos ulteriores del precio cuando el contrato se establezca a largo plazo, excepto en el caso de que se pacte una cláusula de “precios móviles”.

2- El método de la suma fijada a plazos

De acuerdo a esta forma de pago se pacta una suma a pagar durante un cierto período de tiempo con una determinada periodicidad.

Esta modalidad presenta la ventaja de un impacto menor sobre las finanzas y la liquidez del receptor del know how. Trae consigo la desventaja de que se debe tratar de mitigar los efectos de la devaluación monetaria y de la inflación por medio de alguna cláusula en la cual se prevea esta situación.

3- El método de la fijación sobre las ventas netas

En relación con esta forma de pago es necesario establecer que se debe entender por ventas netas. Correa enuncia un concepto de “valor neto de las ventas de los productos licenciados”: “El valor de la facturación en puerta de fábrica deducidos los descuentos, bonificaciones y devoluciones, menos el

32 Stumpf, Herbert, **El contrato de Know How**. Editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 83
33 Correa, Carlos M. “La Ley de Transferencia de Tecnología en el Exterior”, *Derecho Civil y de las Obligaciones*, 43-48, p. 354.

valor de los insumos provistos por el licenciante por sí o por intermedio de otras firmas presuntamente vinculadas...”³³

Este método plantea la ventaja de que si las ventas son altas las regalías lo son también y no se sufre como en el anterior caso por efectos de devaluación o inflación. Presenta eso sí la desventaja de que se debe desarrollar un sistema de control sobre la venta del receptor, es decir, una contabilidad paralela con el fin de asegurarse el pago real.

4- El método de las regalías sobre las utilidades del receptor del Know How

De acuerdo a este método se emplean los criterios contables normalmente aceptados para el cálculo de la utilidad; si por alguna razón se produjeran pérdidas es claro que quien transmite el know how no participaría de ellas, la consecuencia es que no tendría derecho en ese período a pago alguno, lo cual significa una de sus desventajas, pues los niveles de utilidad tienden a variar, creando con ello un nivel de incertidumbre respecto a la remuneración que en definitiva recibiría.

5- El método de las regalías sobre insumos y procesos

El cálculo de las regalías se fija cuando el producto sujeto es un insumo o componente de los artículos vendidos al público, computándose el valor del producto final que corresponde al producto sujeto a regalías, o bien, puede ser establecido según el mercado internacional del determinado insumo, o a falta de ellos la autoridad es la que estimará.

En lo que respecta a las regalías en relación a procesos puede ser calculado sobre la base de la cuantificación de dicho empleo.

6- Algunas otras cláusulas

Aparte de las variantes señaladas en la forma de pago de regalías se pueden pactar otras cláusulas. Entre ellas podemos mencionar:

“**Cláusulas de averaging**”: De acuerdo a esta cláusula se acreditan a futuros periodos los excesos pagados sobre el límite mínimo en los periodos anteriores;

Cláusula “down payment out of pocket expenses”: En ella se estipula que el receptor debe abonar al transmisor un adelanto al momento de suscribir el contrato, a fin que compense los desembolsos iniciales realizados;

El criterio de un tercero: arbitro o juez: En este caso es necesario señalar que por la naturaleza misma del know how no se podría hablar de un precio de mercado o precio de costumbre, por lo que este criterio de tercero debe valorarse con base en una variedad de factores a considerar;

Cláusulas que contengan un criterio relacionado con el plazo:

- i-* Pueden encontrarse criterios como el de considerar el lapso durante el cual puede razonablemente suponerse que se mantendrá el valor de la tecnología, o por la posibilidad de obtener el mismo Know How de otra fuente o que sea desarrollada por el receptor,
- ii-* Se puede pactar el pago en un periodo inferior o superior al de duración del contrato, incluso puede variarse la regla

del inicio del pago antes de la transmisión del Know How; todo ello debido a las variables como la tecnología transferida, los productos finales del empleo del Know How o por una definición independiente. En la legislación de la Unión Europea puede pactarse la obligación del receptor del Know How de seguir pagando un canon hasta la expiración del acuerdo, independientemente que el Know How concedido haya pasado a ser de dominio público por la acción de terceros. Esto último no aplica si fue por acción del transmisor del Know How. Aún podría considerarse autorizar los pagos continuos durante el periodo de vigencia del acuerdo en aquellos casos en que ambas partes sean perfectamente conscientes de que la primera venta del producto divulgaría necesariamente el Know How, salvo si se puede establecer que el receptor pudo haber desarrollado el Know How por sí mismo en un breve plazo de tiempo, comparado con el periodo de pagos continuos si resulta demasiado largo.

Capítulo V
Cláusulas Generales del contrato de Know How

El contrato que pueda establecerse entre las partes para la cesión o transmisión del know how estaría conformado por una serie de cláusulas en las que se plasma la voluntad de éstas y que tienen como fin el poder proteger los derechos de ambos y dejar establecidas asimismo las obligaciones.

A- Suministro del Know How

La principal prestación es la de comunicar el conocimiento técnico, estando definido su

objeto por el respectivo contrato; al respecto Plate comenta: “La designación del objeto se hará por la mención del principio esencial de la obra, y después por la indicación del resultado que ella proporcione”. Por lo tanto, el transmisor está obligado a poner en conocimiento del receptor todo el bagaje de información que sea necesario para su puesta en práctica, adoptando diversas formas como la comunicación por escrito, por mecanismos electrónicos, entrenamiento del personal, entre otros; así como, la entrega del soporte material: planos, manuales, etc., destinados a la comprensión del receptor o del personal del mismo, si a este punto no se llega, es inútil entonces la transmisión del Know How.

B-9 Confidencialidad

Al respecto, Cabanellas indica cláusulas expresas sobre confidencialidad, las cuales son: a) aclaración de la titularidad y origen de la tecnología, b) aclaración de las obligaciones de confidencialidad, c) indicación de métodos destinados a prevenir que los posibles terceros que adquieran irregularmente la información puedan argumentar buena fe, y, d) extensión de la obligación de confidencialidad a partes que originalmente no estarían sujetas a la misma, o respecto a quienes, en principio, podría comunicar la información recibida.³⁴

Por su parte, Singh y Finnegan indican las cláusulas de confidencialidad adoptadas usualmente en los países en desarrollo: “a) la tecnología, el Know How y la información

revelados seguirán siendo propiedad del proveedor y no serán utilizados ni explotados por el licenciado una vez que expire o caduque el contrato, b) ninguna información comunicada por el licenciante - transmisor - al licenciado - receptor - será transmitida a terceras personas sin el consentimiento del primero, c) la información y el Know How revelados serán utilizados por el licenciado - receptor - única y exclusivamente a los fines consignados en el contrato, d) el licenciado - receptor - será responsable de garantizar que ningún empleado suyo viole las cláusulas de confidencialidad arriba mencionadas”.³⁵

C- Exclusividad

En lo que se refiere a la exclusividad es importante dejar establecido que ésta es una cláusula que se aplica en la cesión del know how y su validez es solo en un determinado territorio. En la venta del know how se produce una transmisión completa que transfiere el derecho de propiedad al adquirente, por tanto, la validez, el uso y aplicación de éste, aplica en general, sin importar territorio, plazo o las relaciones con terceros.

La aplicación de esta cláusula se refiere no solo a la exclusividad en relación con terceros sino además en relación con el mismo transmisor, quien se obliga en no distribuir ni vender productos o servicios que contengan el know how cedido dentro de ese territorio.

La exclusividad no se sobreentiende, ni se desprende de manera automática del contrato sino que debe figurar de manera

34 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado**. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980, págs. 343-344
35 Rana, Singh/Finnegan, Marcus, “Cuestión de confidencialidad en los contratos de transferencia de tecnología con países en desarrollo”, *Derecho Industrial*, 10-12, p. 93.

expresa en éste, de lo contrario no se entenderá concedido tal derecho.

Es interesante también destacar que la exclusividad no necesariamente es un aspecto en el que pueda estar interesado solamente el adquirente o receptor del know how sino que también puede ser de interés del transmisor. Al respecto Cabanellas ha señalado: “La parte directamente interesada en la exclusividad será generalmente el receptor deseoso de obtener para sí una participación predominante en el mercado correspondiente a los productos fabricados con la tecnología... a su vez el transmisor tendrá un interés indirecto en la exclusividad, si ésta le permite la posibilidad de aumentar la tasa de regalía cargada a su contraparte... esta capacidad para cobrar una tasa relativamente alta de regalías dependerá en gran medida de que asegure al licenciataria la posibilidad de obtener una tasa bruta de ganancias... tasa que depende significativamente de la falta de competencia en el mercado... debiendo indicarse su carácter relativo por la posibilidad de un tercero que lo obtenga por medios legítimos, es decir, independientes al del proveedor”³⁶.

D- Territorialidad

E- Es aquella cláusula en donde se limita la utilización del Know How cedido dentro de un determinado territorio; no obstante, si no se indica en forma directa o no se puede deducir de los términos del contrato, el receptor está plenamente autorizado para utilizar libremente el Know How transmitido, por ello la importancia de una cláusula territorial; sin embargo, debe especificarse lo tocante al

empleo del Know How y al producto que se origine del mismo, debido que, en este último caso, el receptor puede venderlo, pero, se puede pactar en que área

Sub-Concesiones del Know How

Se refiere a aquella cláusula que regula la situación en que el beneficiario de la cesión del Know How pueda conceder sub-cesiones; es decir, que pueda transmitir el Know How a terceros. En este tipo de cláusulas se puede permitir o prohibir sub-cesiones, no obstante, debe de indicarse expresamente cualquiera de estas dos posibilidades por seguridad jurídica.

Cuando se permite la transmisión del Know How cedido a terceros, la relación jurídica entre el receptor que lo sub-concede y el transmisor originario se mantiene. El tercero no tiene ninguna relación directa en ese aspecto con el transmisor originario. Es claro que toda transmisión ulterior del Know How encierra riesgos considerables, debido que se debe de extender y especificar los mecanismos de actuación de las cláusulas de confidencialidad, exclusividad y territorialidad, así como, la contraprestación (la modalidad de pago de regalías), además de que se deben prever las posibles situaciones de abuso del derecho.

En el caso de que se permite la sub-concesión, el transmisor original debe de precisar el cumplimiento de sus regalías; por lo tanto, si el receptor original tenía que pagar regalías por unidad y por volumen de ventas, tendrá entonces, en caso de duda, que pagarlas también por los productos fabricados

y vendidos por el sub-receptor, respondiendo además por el incumplimiento de éste, salvo que se pacte responsabilidad solidaria. Sin embargo, si se ha pactado el pago de una suma fija por regalías, no habrá que efectuar pagos adicionales por la sub-concesión, salvo pacto en contrario. Asimismo, se debe de imponer al sub-receptor las mismas obligaciones que el receptor original ha contraído.

F- Plazo

En los contratos de transmisión de Know How, si ésta se realiza por venta, usualmente se pacta el pago de contado con la entrega del Know How; sin embargo, no se puede excluir el pago a plazos o la transmisión del Know How en forma diferida. En este último caso el plazo de duración del mismo sólo estaría en función al pago de sumas periódicas.

En la cesión de los conocimientos técnicos reservados se establece un plazo de inicio y de término del contrato. La duración del contrato de transmisión del Know How puede establecerse tanto con la transmisión o bien con la contraprestación del mismo; es decir, cualquiera de estas dos posibilidades puede ser de cumplimiento instantáneo o diferido. Inclusive, se puede pactar que el contrato se mantenga al pasar el Know How a dominio público, o cuando el mismo sea obsoleto, planteando la posibilidad en este caso, de que se pacte un nuevo contrato con el Know How moderno.

Es necesario destacar que existe la posibilidad de transmisión del contrato de know how de manera o duración, en donde algunas veces se equipara al de una venta. No obstante, no necesariamente debe considerarse un contrato de transmisión del know how de duración indeterminada como una

venta, por las siguientes razones: En primer lugar, porque no es práctica usual la celebración de un contrato de transmisión del Know How con plazo indeterminado. En segundo lugar, si hubiese tal situación, del contenido de las cláusulas puede interpretarse que la misma se trata de una cesión del Know How y no de una venta; así tenemos la cláusula de prohibición de sub-concesiones, cláusula de pago de regalías, cláusula territorial, etc. En tercer lugar, en aplicación de la regla sobre plazo indeterminado, al existir la posibilidad de resolución en cualquier momento a petición de cualquiera de las partes, ello implica que no existe una transferencia de propiedad definitiva.

El vencimiento del plazo de vigencia del contrato de cesión de conocimientos técnicos implica una serie de consecuencias, entre las cuales tenemos: cese en el uso y explotación del Know How cedido, cese de la confidencialidad (salvo pacto en contrario), la devolución por parte del receptor de los conocimientos técnicos recibidos, así como, la información adicional y las mejoras.

G- Solución de conflictos o litigios

Consiste en que las partes, ante la existencia de una controversia, se dirijan ante un órgano legitimado que solucione el conflicto de intereses; la misma puede ser el arbitral o el órgano jurisdiccional.

Asimismo, se debe detallar el país que tendrá la jurisdicción, sea el del transmisor, del receptor o del país en que se emplea el Know How cuando sea diferente al de las partes, finalmente se puede especificar las cargas (ej.: honorarios) por el empleo del arbitro en la solución del conflicto.

36 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado**. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980, pág. 371

H- Comentarios finales y posibilidad de incluir otras cláusulas

En esta enumeración de cláusulas que se señala anteriormente se incluyen sólo aquellas que usualmente se estipulan, teniendo algunas el carácter de esenciales (ej.: el suministro del Know How) y otras que no lo son. Sin embargo, debe hacerse la salvedad que los contratantes son libres en determinar las estipulaciones que crean convenientes por seguridad y beneficio.

Asimismo, las cláusulas que las partes decidan insertar en el contrato de transmisión de Know How deben de tener en cuenta la legislación existente, tanto en el país del transmisor como del receptor, además del país en donde será empleado el Know How, si es distinto al de las partes, para vislumbrar si atenta contra una norma directa o conexas: Constitución, Código Civil, de Comercio, Penal, legislación antimonopolio, de propiedad industrial, normas administrativas, jurisprudencia, etc., o a los principios del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Capítulo VI “Know How” y Franquicia

A- Franquicia. Aspectos conceptuales

En el Derecho Comunitario Europeo, el Reglamento (CEE) 4087/88, en aplicación de una política comunitaria de competencia, ha definido la franquicia como sigue:

“El contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar

determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:

- El uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato.
- La comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know how, y
- La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia durante la vigencia del acuerdo”.

Por franquicia, se entiende:

“Un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, Know-how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”

En nuestro ordenamiento, si bien es cierto el contrato de franquicia no encuentra una regulación específica, no obstante en la jurisprudencia esta figura ha sido objeto de algún desarrollo, como se establece a continuación: “VI. La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios generales del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado

también como franquiciado, la distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida recibe una retribución, denominada en el common law como royalty. Esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado. Es diferente del contrato de distribución. Pese a ser ambos mercantiles. Este último otorga al empresario distribuidor el derecho de vender en un sector determinado los artículos producidos por el empresario concedente. Ellos mantienen un mismo precio en el mercado. Lo fija el productor y lo respeta el distribuidor. A falta de pago del cliente el distribuidor paga porque él asume todos los riesgos una vez recibida la mercadería. Generalmente el distribuidor es un mayorista cuyos clientes son comerciantes detallistas quienes revenden en forma directa al público. El empresario concedente amplía sus negocios mediante empresas independientes. Con esto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diverso orden. En ambos las partes fijan un plazo, y a falta de éste se entiende indefinido. Por principio general, en ambos casos, quien incumple debe indemnizar. La diferencia principal entre ambos, señalada en el sistema del common law está en el know how o saber cómo en español. El franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa entregando los manuales operativos y de funcionamiento necesarios. Transmite todo el conocimiento indispensable para la explotación comercial.”³⁷

El *know-how* comercial es un elemento esencial de la franquicia. Al respecto también ha señalado nuestra jurisprudencia: “Las partes en litigio firmaron un contrato de franquicia en setiembre del año dos mil dos, el contrato estableció las bases que regularían esa relación comercial. Se trata de un contrato de franquicia que es atípico en nuestra legislación, pero que la doctrina y la jurisprudencia han ubicado en la especie de los contratos de concesión privados, teniendo el mismo dentro de sus elementos esenciales que las prestaciones de las partes consisten básicamente en que el franquiciante le concede el derecho al franquiciado de usar sus logos, su nombre comercial, y sus métodos de negocios, le comparte la esencia de su negocio, pues, en principio el franquiciado obtiene en la contratación un activo con el que no cuenta, que es, se insiste, frecuentemente el derecho de usar el nombre comercial, marcas, logos y la forma de hacer el negocio, lo que la doctrina ha denominado el “know how” el “saber como” el saber cómo opera ese negocio, y el franquiciado se compromete a pagar, normalmente lo que la doctrina del common law llamó un royalty, o precio por los derechos que recibe, que casi siempre es un pago periódico que éste pagará durante la vigencia del contrato, con algunas cláusulas más o menos, dentro de estas prestaciones podemos ubicar las que operan entre franquiciante y franquiciado.”³⁸

En relación con la importancia del know how en el contrato de franquicia la Guía UNIDROIT de Franquicias señala: “El elemento know how es de importancia fundamental para todas las partes implicadas en el acuerdo de

37 Sentencia Nº 73, de las 15:40 horas del 17 de julio de 1996, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia
38 Juzgado Civil de Cartago, Sentencia Nº 136-2008, Proceso Ordinario de Merecumbé S.A. contra Alvaro Amador Gamboa

franquicia. Es de importancia en primer lugar para el franquiciador, ya que es el *know-how* que ha acumulado durante años, en su actividad como empresario y sobre todo como franquiciador, el que, junto a sus otros activos de propiedad intelectual, es distintivo de su sistema de franquicia y dará a todos los miembros de la red una ventaja sobre sus competidores. La comunicación de este *know-how*, junto con la concesión de las necesarias licencias de propiedad intelectual e industrial, formará la base sobre la cual los miembros de la red conduzcan sus negocios. Que lo hagan de manera uniforme está asegurado por las funciones supervisoras del franquiciador y, en el caso de la franquicia principal, del subfranquiciador. Para el sub-franquiciador y el sub-franquiciado la comunicación del *know-how* comercial del franquiciador tiene gran valor económico, ya que ese *know-how* comercial les permitirá beneficiarse de un sistema que ya ha sido probado y que ha demostrado ser exitoso.”³⁹

La transmisión del Know-how en la franquicia ocupa un lugar destacado, sobre todo, es habitual la transmisión de conocimientos de carácter comercial, relativos a la comercialización del producto, a la gestión del negocio y a la administración de la empresa. Esta transmisión incluye métodos empresariales, de prestación de servicios, de fabricación, etc. Se trata de un bien inmaterial que viene a materializarse a través de los documentos o manuales donde están explicadas las experiencias empresariales sobre un determinado ramo o actividad del comercio. Este conjunto de experiencias son de un valor económico muy significativo, porque de otra manera, al franquiciado

le hubiera tocado invertir mucho tiempo, esfuerzo y dinero para investigar un mercado o los métodos apropiados para conquistarlo. Lo que en resumen consigue el franquiciado con un Know-how es ahorrarse tiempo y largos y laboriosos esfuerzos, adquiriendo utilidades en más corto tiempo.

Una vez que el Know-how ha sido transmitido al franquiciado por medio de una licencia, se requiere de una permanente actualización, innovación y desarrollo, de acuerdo a la evolución económica del mercado, a las necesidades de la clientela o a las técnicas empresariales. Por lo que constantemente se requiere de un intercambio de experiencias o “feed back” entre el franquiciante y los franquiciados de la red, a fin de mejorar cada vez el Know-how y el prestigio de la red. Esto conlleva por consiguiente, a que cada una de las empresas franquiciadas deba incluir cambios, mejoras y variaciones en sus métodos empresariales.

B- Características del Know-how transmitido en la franquicia

Entre las características que tiene que tener en cuenta un Know How que se transmite en la franquicia destaca su funcionalidad. Este concepto debe ser práctico, útil, funcional y beneficioso para el desarrollo del negocio. Debe ser un punto de referencia para actuar bajo cualquier circunstancia que pueda surgir y su aplicación debe traer consecuencias positivas. Por otro lado debe ser un sistema probado, que los procedimientos hayan sido ensayados y comprobados previamente y ofrezcan la seguridad adecuada. Además tiene que ser original, esta característica lo

39 Guía UNIDROIT de Franquicias, Capítulo 11, Know how y secretos comerciales, La función del know how en los contratos de franquicia

hace confidencial durante la vida del contrato y cuando finalice. Otro hecho importante es que sea específico, que el conjunto de técnicas sean individualizadas e identificadas de forma concreta para cada caso que se presente. El hecho de que en el mismo incluya una información importante para la venta de los productos o la prestación de los servicios, para la presentación de los productos, las relaciones con la clientela y en general la gestión operativa y administrativa es una ayuda importantísima para orientar a los franquiciados, por lo que debe ser sustancial.

A continuación se enuncia un detalle de las características más importantes que se considera debe contar el Know-how que se transmite en la franquicia:

- a- Práctico y probado:** De singular importancia resulta su aspecto práctico, desde que se inicia la fabricación hasta cuando llega al público. El secreto comercial debe ser práctico en cuanto a la administración, marketing y organización. Como ingrediente adicional, debe haber sido probado, es decir que según la experiencia demostrada, éste debe hacer producido óptimos resultados comerciales o industriales. Por ello se afirma que el Know how es un conjunto de experiencias que surgen de la práctica empresarial adquirida por el franquiciante.
- b- Sustancial e identificado:** En cuanto a lo sustancial se refiere a que incluya información clave para la venta de bienes y el suministro de servicios, y especialmente, en lo relativo al procedimiento y presentación de las

40 López Guzmán, Fabián, Contratos Internacionales de Transferencia de Tecnología, pág. 261

mercancías. En lo que se refiere a “identificado” significa que el know how debe encontrarse descrito de un modo plenamente comprensible para el franquiciado, pero reuniendo además las condiciones necesarias como para poder verificar que reúne los requisitos de confidencialidad y de secreto.

- c- Específico:** Significa que el know how debe tener aplicación en un determinado sector económico o etapa del proceso productivo, de comercialización o administrativo y organizacional.
 - d- No patentado:** “En diversas jurisprudencias de la Comunidad Europea se reconoce el carácter de no patentado al know how objeto de un contrato de franquicia. Un acuerdo del tribunal de Douai, se pronuncia en los siguientes términos:
- “El carácter confidencial debe darse a un conjunto de técnicas específicas y no patentadas, confiriendo a la empresa que las posee, una competitividad notable, minimizando los costos de producción o elevando la calidad de sus productos”.*”⁴⁰
- e- Desarrollo constante:** Uno de los aspectos primordiales del know how en el contrato internacional de franquicia, es su permanente innovación y actualización, acorde con los nuevos vientos del mercado y la economía. Permanentemente debe ser mejorado, actualizado y perfeccionado. La actualización del know how exige adaptarlo a las nuevas expectativas administrativas y comerciales, haciendo

constantemente sugerencias e intercambios de experiencias con el franquiciante.

- f- Fácilmente transmisible:** Otra característica fundamental con que debe contar el know how es la facilidad para la transmisión del conocimiento y experiencia que éste representa. Es claro que si no hay transmisión del know how no hay franquicia así queda evidenciado en el siguiente extracto de sentencia: “De manera que para el suscrito la gravedad del incumplimiento del actor estriba en que al dejar de entregarle todos los manuales el demandado, incurrió en una de las formas más graves de incumplimiento contractual de la franquicia y es la negativa a la transmisión del “know how”, si no se trasmite el know how no hay franquicia, no hay negocio y no es posible así para el franquiciado llevar a cabo sus compromisos de operación de la franquicia, pues si no “sabe cómo”, no hay forma de ejecutar el contrato y aunque la actividad comercial se mantuvo por mucho tiempo, la posibilidad de la realización total y ejecución del contrato de franquicia se hizo imposible.”⁴¹

Ahora bien la transmisión del know how, para poder lograr el efecto requerido, debe ser completa, no puede ser parcial, limitada, o fragmentada. Esta problemática es tratada en la misma jurisprudencia señalada, en el siguiente sentido: “De esta manera el actor incumplió con una obligación esencial, para con el demandado cual era transmitirle TODO el know how y no solo parte del él como lo hizo, véase que en este caso el “saber

cómo” se componía de varios elementos de conocimiento dentro del más importante estaba dar la instrucción debida a los nuevos profesores o instructores de Cartago, pero si se revisa con detalle en este caso ese conocimiento del método de enseñanza del baile el franquiciado ya lo tenía, ..., pero lo que no tenía era el “saber cómo” de la operación administrativa del negocio, es decir todo el engranaje de procedimientos que la casa matriz usaba para el funcionamiento del negocio. Esto es lo que el demandado en principio ignoraba y que el actor le debía trasladar como conocimiento, ya que el mismo demandado se obligaba a trabajar bajo esos parámetros, y ello lo enfatizaba mucho el contrato.”⁴²

Para el mejoramiento de los productos o el mejor procesamiento en las etapas de fabricación, no se deberá requerir de complicadísimos conocimientos técnicos que supondrían años de entrenamiento, sino accesibles y sencillos procedimientos comerciales que satisfagan el objeto principal del contrato. La transmisión del know how puede hacerse en forma escrita o verbal. Cuando es escrita, generalmente en los contratos de franquicia se suelen utilizar manuales que se entregan al franquiciado. La entrega del know how en estos casos, se hace con la transmisión de los soportes materiales, ya sean éstos, documentos, Cds, etc. Cuando el know how se transmite en forma oral, lo habitual es realizar sesiones de entrenamiento y asistencia técnica permanente, por medio de charlas o conferencias privadas, en las que el franquiciante instruye al franquiciado sobre la experiencia comercial y los conocimientos

técnicos. Este entrenamiento o asistencia técnica, se constituyen uno de los rasgos esenciales de la operación de franquicia, además de la transmisión del know how. Paralelamente, le permite al franquiciado acceder a nuevos mercados y ahorrarse tiempo y esfuerzo económico en conseguir, por medio de arduas investigaciones, lo que le entregan a través de la franquicia de manera sencilla y eficaz.

C- La protección del secreto comercial en los contratos de franquicia principal

El desarrollo del conocimiento que forma el *know-how* requiere una inversión por parte de la empresa. El incentivo para tal inversión es la rentabilidad del producto o servicio desarrollado y/o la ventaja obtenida sobre los competidores. Esta ventaja continuará existiendo mientras el secreto del conocimiento sea protegido con éxito.

Una característica del *know-how* es que debe ser comunicado por el propietario de la empresa a, por ejemplo, sus empleados o colaboradores, para que les sea posible utilizar el *know-how* en el curso ordinario de los negocios. Es por tanto un activo de alto riesgo, ya que cuanto más se explote, mayor riesgo habrá de que el secreto se pierda.

A la persona legalmente en poder de la información se le exige que adopte medidas razonables, de acuerdo a las circunstancias, para poder mantenerla secreta. La obligación de adoptar medidas razonables es así impuesta no sólo al propietario de la información, sino también a quienquiera esté legítimamente en su poder. En el caso de la franquicia, por tanto, no sólo al franquiciador, sino también al sub-franquiciador y a los sub-franquiciados se les exigiría que adoptasen las medidas

necesarias para proteger la información. En muchas jurisdicciones los tribunales han aplicado la llamada “prueba de racionalidad” a las medidas de protección adoptadas para fijar qué información debería ser considerada “secreta”. La filosofía subyacente a este examen consiste en que no sea posible reclamar protección contra las violaciones de la información “secreta” si el comportamiento del propietario o de la persona que controla la información no es compatible con la intención de mantenerla secreta.

En relación con este tópico es de importancia señalar lo que al respecto ha establecido la Guía UNIDROIT de Franquicias: “En una relación de franquicia principal es naturalmente de considerable importancia para el franquiciador que su *know-how* sea usado correctamente por el sub-franquiciador y los sub-franquiciados y que el secreto del *know-how* sea totalmente protegido. En la práctica, el *know-how* será normalmente comunicado mediante el manual de operaciones y mediante la formación inicial y continua proporcionada por el franquiciador. En una situación de franquicia principal, la obligación de transmitir el *know-how* se refiere no sólo al *know-how* que está disponible al comienzo de la relación, sino también al que se desarrolle durante el tiempo de vida del contrato. Con el tiempo, las técnicas adoptadas por el sistema de franquicia serán actualizadas para tener en cuenta la experiencia ganada en el ejercicio de la franquicia, así como el desarrollo de nuevas técnicas y otras mejoras. Los medios por los que las técnicas actualizadas son comunicadas a los miembros de la red son típicamente nuevas ediciones u otras actualizaciones del manual de operaciones y la organización por el franquiciador de programas y/o encuentros periódicos de

41 Juzgado Civil de Cartago, Sentencia N° 136-2008, Proceso Ordinario de Merecumbé S.A. contra Alvaro Amador Gamboa

42 Juzgado Civil de Cartago, Sentencia N° 136-2008, Proceso Ordinario de Merecumbé S.A. contra Alvaro Amador Gamboa

formación adicional. Sobra decir que es responsabilidad del franquiciador mantener al sub-franquiciador al corriente del desarrollo del *know-how* del sistema de franquicia durante toda la relación. El sub-franquiciador, por otro lado, debe asumir la obligación de asistir y/o que su personal y sub-franquiados asistan a tales cursos y encuentros.”⁴³

D- Cláusulas en los contratos de franquicia principal para proteger el Know How

En diferentes ordenamientos y legislaciones se incluyen diversas disposiciones para proteger el know how, por ejemplo en el ámbito penal, de responsabilidad extracontractual o de competencia desleal. No obstante, es menester señalar, que esa protección se torna aún insuficiente, por la importancia que éste reviste y por el valor comercial que lleva implícito. Es por ello, que resulta desde todo punto de vista necesario, que se deban incluir las cláusulas apropiadas para asegurar la protección del know how durante la vigencia del contrato e inclusive más allá de su terminación.

a- Cláusulas de confidencialidad

Con el fin de proteger el *know-how*, es por tanto necesario que a todas y cada una de las personas que tengan acceso al conocimiento del mismo se les imponga una obligación de no comunicarlo a otras personas. Esto se consigue por medio de acuerdos o cláusulas de confidencialidad.

Entendido que el objeto del Know How reviste el carácter de secreto por su valor económico, la misma se traslada en la esfera contractual con la obligación de respetar la confidencialidad del conocimiento técnico transmitido.

Esta cláusula, que se impone cuando se cede el uso y explotación del Know How, tiene la finalidad de tutelar el secreto de los conocimientos técnicos, además de los intereses del titular del mismo, debido que, puede haber la eventualidad que el receptor pueda comercializarlo a terceros. Sin embargo, la cuestión de la confidencialidad surge aún en la etapa de la negociación, específicamente en los términos de la provisión de los conocimientos técnicos, siendo aconsejable redactar un pre-convenio de confidencialidad que especifique la fecha, la cantidad y el modo en que se revelará la información, así como, los respectivos derechos y obligaciones de las partes, siendo la medida para una *culpa in contrahendo* o responsabilidad pre-contractual cuando se falte a lo estipulado.

El mantenimiento del secreto configura la cláusula de confidencialidad, la misma que es conocida como “obligación de no comunicación a terceros”. Al respecto Bianchi comenta: “Pueda ser que las partes prevean en el contrato, más o menos explícitamente, una prohibición de comunicación a terceros ajenos a la relación contractual... en efecto se puede poner cláusulas explícitas y diferentes en su contenido que satisfagan la finalidad de no comunicar en modo alguno a terceros aún después de la cesación o resolución del contrato”.⁴⁴

Hablando en términos generales, en diferentes latitudes se imponen legítimamente a empleados o antiguos empleados cláusulas que protejan el *know-how*.

“La obligación de confidencialidad no llega a su fin con la terminación del contrato, sino que normalmente durará hasta que la información haya llegado a ser pública. Sin embargo se debe hacer notar que en algunas jurisdicciones esta obligación continuará, obligando a la parte que la ha asumido incluso cuando el *know-how*, sin culpa de ninguna de las partes implicadas, haya llegado a ser de conocimiento público durante la duración del contrato.”⁴⁵ “Debe recalarse, en cualquier caso, que el *know how* no puede considerarse que haya llegado a ser generalmente conocido si no es conocido por, o fácilmente accesible para, personas que pueden utilizarlo en los negocios.”⁴⁶ La vigencia de cláusulas de confidencialidad después de expirado el contrato ha sido admitido en la legislación de la Unión Europea en el Reglamento No. 556/89 en el art. 2: 1) “La obligación del licenciario de no divulgar el Know How comunicado por el licenciante; el licenciario puede quedar sujeto a esta obligación después de la expiración del acuerdo”.

b- Cláusulas de no-competencia

El principal propósito de esta cláusula es proteger el *know how* a través de la obligación asignada al sub-franquiciador (o sub-franquiado) de no comprometerse directa o indirectamente en algún negocio similar a la franquicia en el territorio en el

cual explotaba la franquicia, o en un territorio donde competiría con otro miembro de la red de franquicia o con el franquiciador, durante toda la vigencia del contrato y en un período posterior a la conclusión de éste.

El contenido de una cláusula de no-competencia debe ser negociado y las leyes del territorio examinadas para establecer hasta qué punto pueden hacerse cumplir en términos de duración, ámbito y aplicabilidad territorial.

c- Cláusulas de reciprocidad (“grant-back”)

“Los contratos de franquicia principal y sub-franquicia podrían también incluir lo que se conoce como cláusulas de reciprocidad (“grantback”). De acuerdo con estas cláusulas al sub-franquiciador, o subfranquiado, se le pide que transmita cualquier experiencia que haya obtenido en la explotación de la franquicia al franquiciador, así como que conceda al franquiciador, y a los otros sub-franquiciadores y subfranquiados de la red, una licencia no exclusiva para el *know-how* resultante de esa experiencia. Un sub-franquiciador o sub-franquiado puede en otras palabras ser contractualmente obligado a conceder al franquiciador una licencia para los desarrollos y mejoras que haya hecho al *know-how* como resultado de su propia experiencia en el negocio. La razón por la que las cláusulas de reciprocidad (“grant-back”) son generalmente admitidas, es que la red de franquicia es una estructura integrada que está basada en la cooperación de un número de empresas diferentes y que el franquiciador y todos y cada uno de

43 Guía UNIDROIT de Franquicias, Capítulo 11, Know how y secretos comerciales, La función del know how en los contratos de franquicia
44 Bianchi, Alessandro, “Tutela de los conocimientos técnicos no patentados. Contratos de Know How y obligación de no comunicación a terceros”, *Derecho Industrial*, pág. 352

45 Guía UNIDROIT de Franquicias, Capítulo 11, Know how y secretos comerciales, Cláusulas en los contratos de franquicia principal para proteger el know how.
46 Ibídem

los subfranquiadores y sub-franquiados deben estar pues igualmente facultados para obtener las ventajas de cualquier mejora realizada en el sistema. La uniformidad de la red disminuiría, y consecuentemente su valor decrecería, si sólo uno de sus miembros pudiera beneficiarse de todas las mejoras realizadas al *know-how*.⁴⁷

Es claro que si se produce un desarrollo de know how posterior a la conclusión del contrato de franquicia o subfranquicia no podría existir obligación alguna por parte de quien lo haya obtenido de compartir ese conocimiento o se pueda restringir su uso.

d- Restricciones al ámbito de uso

Éstas cláusulas tienen por objeto que no pueda ser variado el destino para el que fuera concedido el know how, es decir, se trata de no usar el know how para propósitos diversos del giro de la empresa franquiciada. Con esto se pretende también, que no sea usado el know how en una actividad en la cual no se compense al franquiciador como propietario del know how, y sin que tenga éste control de cómo se utiliza su know how. Este tipo de cláusulas pueden tener aplicación, si así ha sido establecido, aún después de la finalización del contrato, por un cierto período de tiempo.

Conclusiones

Finalmente, a manera de conclusiones, me parece importante resaltar algunos aspectos que a continuación detallo:

- 1- La primera conclusión a la que me voy a referir es en lo atinente a la necesidad de que en nuestro ordenamiento exista un cuerpo legal compacto, que regule lo más explícitamente posible las figuras del Know How y de la franquicia, en cuanto a sus objetos, contratos y efectos, así como en cuanto a sus normas conexas. Es claro eso sí, que una legislación que regule estos contratos, no debe de manera alguna constituir una limitación a la voluntad de los contratantes, solamente debe ser un marco de seguridad jurídica para las partes dentro de un Estado de Derecho, y el fundamento para ulteriores análisis y mejoras a los mismos.
- 2- Es de todo punto de vista destacable la importancia del know how como medio de transferencia de tecnología, por cuanto permite, como se ha reiterado a través de todo este estudio, que inversionistas con recursos puedan acceder a formas probadas de hacer negocios y desarrollar empresas, que de no ser así, podrían sus esfuerzos estar condenados al fracaso. No quiero, con esto que acabo de señalar, restarle meritos a la capacidad creativa de innovadores y pioneros, a lo que me refiero es a que, como se ha señalado, desarrollar ideas empresariales cuesta mucho dinero, tiempo y sacrificio.
- 3- Asimismo, importante señalar, que no cabe duda de que el aspecto medular para el desarrollo de una franquicia es el saber cómo hacer, es decir el know how que se transmite. El enfoque del presente

estudio precisamente es analizar la figura del know how pero en su aplicación práctica en el contrato de franquicia. En el presente estudio reiteradamente se ha señalado que sin know how no puede haber franquicia. Existe entre estas dos figuras una simbiosis, una hermandad indisoluble; el know how es el aspecto esencial de la franquicia, es la fórmula, el secreto, si no se tiene esa fórmula exitosa, probada en la práctica, no podríamos habla de franquicia. Podríamos decir, aventurándonos a hacer una definición, que la franquicia es la expresión contractual, a través de la cual una empresa transmite a otra un conocimiento reservado, con valor comercial, que le otorga una ventaja competitiva en el mercado, al cual se le denomina internacionalmente como know how.

- 4- Considero, como otra conclusión, que la modalidad del contrato de franquicia tiene una importancia adicional para la totalidad del entorno económico de un país, por cuanto a través de esta figura se logra una expansión importante de la actividad económica, que se ve reflejada en aspectos como la generación de empleo. Al respecto señala el señor Honorato González, Gerente Financiero de Mac Donalds en Costa Rica, en entrevista que aparece en el libro “El Contrato de Franchising”: “El prestigio y el crecimiento que implica para el país; inclusive porque en cada restaurante son al menos 100 empleados directos y 400 o 500 indirectos, siendo muchas las familias que se benefician en el país.”⁴⁸

- 5- Me parece importante también, dentro de estas conclusiones, hacer una reseña de algunas ventajas que ofrece la franquicia para el franquiciado, sobre todo por cuanto éste constituye el sujeto más típico de encontrarse en nuestra realidad, es decir, en nuestra economía, pues, sin temor a equivocarme se puede decir, que hay mayor cantidad de franquiciados en relación con los franquiciantes que puedan existir; aunque no quiero decir con esto que no se hayan desarrollado franquicias por compañías nacionales, y que no me cabe duda de la importancia del desarrollo de éstas:

En la mayoría de los casos no requiere experiencia anterior en el negocio, aunque es cierto que para que se le otorgue la franquicia el franquiciante le exige condiciones de capacidad empresarial e idoneidad personal;

- b- Menor complejidad en la operación del negocio, dado que el franquiciante le provee de manuales y lo entrena todo entrena, todo lo cual le da grandes posibilidades para competir. Es evidente que el franquiciante pasa al franquiciado una operación que ha sido probada, con proveedores de productos y servicios de calidad y de costo conocidos, y con patrones de comunicación bien definidos. Esto no significa que el franquiciado dejará de trabajar, sino que su trabajo será menos complejo y bastante más productivo. Con lo dicho se repite lo que pensábamos anteriormente: el franquiciante selecciona al franquiciado más por su potencial

47 Ibídem

48 Fuentes Vargas, Bernal y Jiménez V., Fabio, El Contrato de franchising: el contrato de franquicia comercial, 1ª ed., San José, C.R., IJSA, 1995

capacidad empresarial que por su experiencia anterior.

- c- El riesgo de quiebra es bastante más reducido que si se lanzara en un negocio propio. Las estadísticas que existen demuestran que ésta es la principal ventaja de tener un negocio franquiciado. El menor riesgo depende de una serie de factores, como son:
 - Un negocio probado y exitoso;
 - Una marca fuerte y difundida, con prestigio;
 - Economía de escala;
 - Asistencia y entrenamiento permanente.
- d- Exclusividad territorial. El franquiciante planeará el número de unidades a franquiciar de acuerdo con el potencial del mercado local. Si hubiera potencial en el área asignada para más de una franquicia, el franquiciante dará la prioridad al franquiciado que ya está instalado, salvo que su desempeño sea pobre o no cuente con los recursos necesarios para instalarse y operar, en cuyo caso puede llegar inclusive hasta la resolución del contrato.
- 6- En la parte final de estas conclusiones quiero hacer alusión un pedido especial que me hiciera el profesor, en el sentido de indagar cual es el estado en que se encuentra el proceso Ordinario de Merecumbé S.A. contra Alvaro Amador Gamboa, que ha sido señalado como jurisprudencia en este estudio. Al respecto debo decir, que el proceso

se encuentra pronto a resolverse en segunda instancia, según se me indicó en el Tribunal Superior Civil de Cartago. La parte perdedora Merecumbé S.A. presentó recurso de apelación haciendo énfasis casi en los mismos alegatos planteados en primera instancia, insistiendo en la posición de que si se produjo una entrega completa el know how, a través de las reuniones mensuales de franquiciarios "... donde se discutían los aspectos del día a día de la operación de las franquicias, y se actualizaban los manuales."⁴⁹ Señalan los apelantes además: "También se demostró que la empresa Merecumbé atendió con celo y responsabilidad a la sede de Cartago, formando sus instructores, capacitándolos y actualizándolos semanalmente, actualizando y capacitando a los franquiciarios en las reuniones mensuales y quincenales de franquiciarios, aportándole por escrito y verbalmente todo lo relativo a programas de baile, niveles, programas específicos para adultos mayores y niños, programas cortos para los días de vacaciones. Además le entregó los manuales y procedimientos administrativos completos, mismos que obran en autos."⁵⁰

A su vez, la parte demandada reconventora en su expresión de agravios señala, de manera atinada me parece, que la apelación planteada carece de fundamentos sólidos y plantea sus argumentos con base en apreciaciones subjetivas, que no desvirtúan de manera alguna las conclusiones de primera instancia. Ataca la parte demandada

49 Recurso de Apelación contra la sentencia de primera instancia N° 0136-2008 del 16 de julio del 2008, folio 261 vuelto
50 Ibídem, folio 262

reconventora dos aspectos que me parecen cardinales cuando señala: "El cuarto motivo también debe rechazarse por cuanto no existe tal contradicción en la sentencia, puesto que la misma claramente se refiere al cumplimiento parcial, pero también establece que lo incumplido por el actor deviene en grave y por tal motivo se impone el rechazo de sus pretensiones."⁵¹ Además, esta parte señala, que la afirmación de que los manuales se entregaron carece de veracidad, pues la no entrega quedó evidenciada en los hechos probados. Más adelante se señala en la expresión de agravios: "Como sétima objeción se protesta contra la conclusión de que la actora no cumplió a cabalidad con el traslado de la totalidad del know how a que se había obligado en el contrato, pero equivoca el apelante el argumento, pues nuevamente cae en la exposición subjetiva, dejando de analizar y leer los hechos probados: d, e, f y g, que acreditan abundantemente su incumplimiento, hechos que no combate el recurrente, por lo que los acepta, quedando acreditado que muchas de las obligaciones fundamentales relativas al "saber cómo" que debió transmitir al demandado reconventor no lo hizo, entre las que se citan las relativas a la administración, manejo de contabilidades, manuales en general, todas las cuales se citan una a una en la sentencia impugnada como incumplidas."⁵²

Lo anterior es una pincelada de los argumentos planteados por apelantes y demandados reconventores en el proceso de segunda instancia, cuya resolución, como se señaló, esta próxima a dictarse en el Tribunal Superior Civil de Cartago.

51 Ibídem, folio 274
52 Ibídem, folio 275

Bibliografía

Leyes

Código de Trabajo
9ª Edición.
Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
San José, Costa Rica, 1999

Código Penal

Ley de Biodiversidad, N° 7788, de 30 de abril de 1998

Ley de Información no Divulgada, N° 7975, de 22 diciembre de 1999

Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor y su reglamento, N° 7472, del 1 de julio de 1996

Ley mexicana sobre propiedad industrial

Jurisprudencia

Juzgado Civil de Cartago,
Sentencia N° 136-2008,
Proceso Ordinario de Merecumbé S.A.
contra Alvaro Amador Gamboa

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia
Sentencia N° 73, de las 15:40 horas del 17 de julio de 1996

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda
Sentencia N° 442-2005

Tribunal Superior Civil de Cartago
Proceso Ordinario de Merecumbé S.A.
contra Alvaro Amador Gamboa

Recurso de Apelación y Expresión de Agravios de la parte demandada reconventora, en legajo de proceso de segunda instanci

Reglamentación Internacional

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, también conocido por sus siglas en inglés “TRIPs”)

Modelo de ley para países en desarrollo BIRPI (Buareaux intemationaux réunis pour la protection de la propieté industrielle, litteraire et artistique)

Guía UNIDROIT de Franquicia

Libros

Albaladejo, Manuel.
Derecho civil, Tomo II, Volumen II, 13ava. Edición,
Editorial Civitas, Madrid, 2004

Albaladejo, Manuel,
El negocio jurídico.
Editorial Bosch, Barcelona, 1993

Arias-Schreiber Pezet, Max,
Exegesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo II, 3ra. Edición, Editorial San Jerónimo, Lima, 1988

Arias-Schreiber Pezet, Max\Arias-Schreiber Pezet, Ángela,
Los contratos modernos.
Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1996

Beaumont Callirgos, Ricardo,
Derecho comercial y reestructuración empresarial.
Editorial Alternativas, Lima, 1994

Bravo Melgar, Sidney Alex,
Contratos modernos empresariales,
Tomo I. Editorial Fecat, Lima, 1997

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo,
Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado.
Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo,
Régimen jurídico de los conocimientos técnicos. Know How y secretos comerciales e industriales,
Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1982

Cáceres Barraza, César
“Protección Jurídica de los Secretos Empresariales”.
Lima, Ed. Cuzco

Castañeda, Jorge Eugenio,
Instituciones del Derecho civil, Tomo I, 3ra. Edición.
Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965

Cogorno, Eduardo Guillermo,
Teoría y práctica de los nuevos contratos.
Editorial Meru, Buenos Aires, 1987

Correa, Carlos.
“Cláusulas restrictivas en la transferencia de tecnología”,
Derecho Comercial y de las Obligaciones

Chuliá Vicent, Eduardo Y Beltrán Alandete, Teresa,
Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos
Editorial Bosch, Barcelona, 1999

Enneccerus, Ludwig/Kipp, Theodor/Wolff, Martín,
Tratado de Derecho civil, Tomo I, Volumen II.
Editorial Bosch, Barcelona, 1944

Figuroa Bustamante, Hernán,
Temas de Derecho financiero, bancario y bursátil.
Editorial San Marcos, Lima, 1998

Font S., A.
“La Protección Internacional del Secreto Empresarial”.
Madrid, Eurolex

Fuentes Vargas, Bernal y Jiménez V., Fabio
El Contrato de franchising: el contrato de franquicia comercial
1ª ed., San José, C.R., IJSA, 1995

Gallego Sánchez, Esperanza,
La Franquicia,
Grefol, Madrid, 1991

Gómez Segade, José A.
“Algunos aspectos de la licencia de know-how”, en *Actas de Derecho Industrial*,
Editorial Montecorvo S.A. España, 1982, Tomo 7

Gómez Segade, José Antonio,
El secreto industrial (Know How). Concepto y protección.
Editorial Tecnos, Madrid, 1974

Lafaille, Héctor,
Derecho Civil: Contratos, Tomo III.
Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1950

Ledesma, Julio,
“Secretos de Fábrica”, en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Tomo XVI,
Editorial Driskill, Buenos Aires, 1975

Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo,
El negocio jurídico, 2da. Edición.
Editorial Studium, Lima, 1987

López Guzmán, Fabián,
“Contratos Internacionales de Transfe-rencia de Tecnología” El Know How
Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ

Massaguer, José,
El Contrato de Licencia de Know How
Editorial Bosch, Barcelona, 1989

Miguel de Asencio, Pedro A.
Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial,
Editorial Civitas, España, 1995

Montoya Manfredi, Ulises,
Derecho comercial.
Editorial Grijley, 1999

Plate, Celia/Boglino, Mónica,
“Know How”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones*

Puente y Lavalle, Manuel de la,
Estudios sobre el Contrato de Compraventa.
Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1999

Sierralta Ríos, Aníbal,
“Aspectos jurídicos-económicos de las inversiones extranjeras” en **Derecho internacional económico**,
Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993

Stumpf, Herbert,
El contrato de Know How.
Editorial Temis, Bogotá, 1984

Vidal Ramírez, Fernando,
“La concentración de las sociedades transnacionales y la legislación limitativa de su accionar en el Perú”,
Foro del Colegio de Abogados de Lima, LXXIV

Revistas

Bianchi, Alessandro,
“Tutela de los conocimientos técnicos no patentados.
Contratos de Know How y obligación de no comunicación a terceros”,
Derecho Industrial, 7-9

Guzmán Espiche, Luís
“Algunas consideraciones del contrato de Know How”,
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 02

Pérez Vargas, Víctor
El Contrato de Franquicia Comercial (Franchising), La regulación de las franquicias comerciales (franchising) en Europa y su posible incidencia en América Latina
Revista Judicial, Costa Rica, Año XVII, Nº 56, julio 1992

Rana, Singh/Finnegan, Marcus
“Cuestión de confidencialidad en los contratos de transferencia de tecnología con países en desarrollo”,
Derecho Industrial, 10-12

Tesis

Jiménez Fallas, José Dimas
Patologías del Contrato de know how
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, 2002

Kelso Hernández, Fabián
“La Teoría del Derramamiento de Tecnología como Posible Origen de una Nueva Figura Contractual”

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Internet

<http://cl.vlex.com>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Kokko, A., Tansini, R., Zeján, M.
Productivity spillovers from FDI in the Uruguayan manufacturing sector
<http://decon.edu.uy>, consultada el 23 de noviembre del 2009

El concepto jurídico de know how, en
<http://denisbarbosa.addr.com>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Ab. María Dolores Orbe
El contrato de Franquicia, en
<http://www.derechoecuador.com>, consultada el 11 de octubre del 2009

<http://es.wikipedia.org>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Know how, el ADN de las franquicias, en
www.fusionvirtualchile.com

<http://www.fusionvirtual.cl>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Fontanez, Diana
Las franquicias, ventajas y desventajas
<http://www.gestiopolis.com>, consultada el 23 de noviembre del 2009

Correa, Carlos
La legislación argentina sobre transferencia de tecnología del exterior, en
<http://www.juridicas.unam.mx>, consultada el 12 de octubre del 2009

García Moreno, Víctor Carlos, profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM
Análisis de la Nueva Ley sobre el Control y Transferencia de Tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas, en
<http://www.juridicas.unam.mx>, consultada el 11 de octubre del 2009

<http://www.laprensa.com.ni>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Lic. Andryth Aguilar Villan, Lic. Liudmila Morán Martínez, Lic. Antón Milian Kondakov
Los contratos de licencia de marca y know-how como herramienta en la prevención de conflictos, en
<http://lex.uh.cu>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Canudas, Carlos
Know How y Franquicias, en
<http://www.mercadeo.com>, consultada el 13 de setiembre del 2009

<http://www.microsoft.com>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Contratos Modernos
Luis Alfonso Rodríguez Cazorla, en
<http://www.monografias.com>, consultada el 11 de octubre del 2009

<http://mp.peru-v.com>, consultada el 13 de setiembre del 2009

<http://www.poder-judicial.go.cr>, consultada el 11 de octubre del 2009

Aníbal Sierralta Ríos
CONTRATACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS, PATENTES Y KNOW-HOW
Vniversitas, número 107

Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, en
<http://redalyc.uaemex.mx>, consultada el 11 de octubre del 2009

Crespo, Jorge / Velázquez, Francisco J.
EXTERNALIDADES TECNOLÓGICAS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA. MEDICIÓN Y EFECTOS
<http://www.revistasice.com>, consultada el 23 de noviembre del 2009

<http://www.rodriguezvelarde.com.pe>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Benavente Chorres, Hesbert
El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: Aspectos a ser considerados para su regulación normativa
Ius et Praxis [online]. 2008, en
<http://www.scielo.cl>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Weiss, Peter,
“¿Cuál tecnología se transfiere y a quién?”,
Propiedad Industrial y Artística, en
<http://www.sccielo.cl>

<http://www.tesisproyectos.com>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Formación y know how, en
<http://www.tormo.cl>, consultada el 13 de setiembre del 2009

Antay Bolaños, Antonio
El know how: concepto y características, en
<http://www.uss.edu.pe>, consultada el 13 de setiembre del 2009

<http://vlex.com>, consultada el 13 de setiembre del 2009

EL MERCADO ESPACIAL, LA RELEVANCIA DEL DERECHO ESPACIAL EN COSTA RICA Y EL MUNDO: SUS IMPLICACIONES JURÍDICO-COMERCIALES

Licda. Nadia Vanessa Rodríguez.

Sumario

I. Introducción.

1 El derecho espacial

1.1 Aspectos históricos y doctrinarios.

1.1.1 Antecedentes históricos.

1.1.2 Conceptualización.

1.1.3 Clasificación, fundamentos y fuentes del derecho espacial.

1.1.4. Ámbito de acción, sujeto y objeto del derecho espacial.

1.1.5. Problemática de la delimitación del espacio exterior.

1.2. Aspectos normativos: el corpus iuris spatialis.

1.2.1 Principios.

1.2.2. Normativa espacial: vigencia.

2 Explotación del espacio exterior

2.1. Privatización de las actividades espaciales: el mercado espacial.

2.1.1 Comercialización y privatización de las actividades espaciales.

2.1.2 El mercado espacial.

2.1.3. Diversificación de las actividades espaciales.

2.2. El mercado y el derecho espacial en Costa Rica

2.2.1 “El motor de plasma” (cohetes de magnetoplasma de impulso específico variable o vasimr): beneficios para Costa Rica.

2.2.2. Derecho espacial en Costa Rica: Costa Rica como estado de registro.

2.2.3. Entidades estatales y no gubernamentales que promueven el mercado espacial.

2.2.4. Propuestas normativas y consideraciones jurídicas.

Conclusiones.

Bibliografía.

Resumen

Son variadas en la actualidad las prerrogativas e implicaciones Jurídico-Comerciales del Derecho Espacial en Costa Rica y el mundo; consecuencia del fenómeno conocido como “El Mercado Espacial”, un ejemplo de su presencia en nuestro territorio es el establecimiento de una filial de Ad Astra Rocket Company; compañía que desarrolla un proyecto comercial de tecnología espacial conocido como “el Motor de Plasma”.

Palabras claves: mercado espacial, industria espacial, derecho espacial, corpus iuris spatialis, motor de plasma, Cohete de Magnetoplasma de Impulso Específico Variable.

Summary

Are varied the prerogatives and the commercial and legal- implications of Space Law in Costa Rica and the world today; consequence of the phenomenon known as “Market Space”, an example of their presence in our territory is the establishment of a subsidiary of Ad Astra Rocket Company, a company that develops a commercial space project known as “Plasma Engine”.

Keywords:space market, space industry, space law, corpus juris spatialis, plasma engine, the Variable Specific Impulse Magnetoplasma Rocket.

Resume

Sont variées les prérogatives et les implications juridique-commerciales du droit de l’espace-au Costa Rica et le monde, actuellement; conséquence du phénomène connu sous le nom «Marché Spatial», un exemple de leur présence sur notre territoire est la création d’une filiale d’Ad Astra Rocket Company, une compagnie qui développe le projet spatial commercial connu comme «moteur à plasma».

Mots-clés: marché spatial, l’industrie spatiale, droit de l’espace corpus juris spatialis, moteur à plasma, fusée de magnétoplasma de Impulse variable spécifique.

EL MERCADO ESPACIAL, LA RELEVANCIA DEL DERECHO ESPACIAL EN COSTA RICA Y EL MUNDO: SUS IMPLICACIONES JURÍDICO-COMERCIALES

Licda. Nadia Vanessa Rodríguez*

Introducción

Se hará un análisis del Derecho Espacial en el mundo y Costa Rica, a la vez que puntualizaremos las principales implicaciones Jurídico Comerciales que se han desatado en la actualidad; y ello centrándose en el fenómeno conocido como “El Mercado Espacial”, con una esquematización de la presencia del mismo en nuestro territorio nacional; con el proyecto comercial de tecnología espacial conocido como “el Motor de Plasma”^[1], al establecerse una filial de Ad Astra Rocket Company^[2], en Guanacaste.

Un Mercado Espacial que demanda una gama de juristas especializados y estudiosos del Derecho Espacial Internacional, como del “Derecho Espacial Interno” de las potencias que ya lo han desarrollado, y ello con la finalidad de usarlo a manera de guía, para implementarlo en el país, e insertarse apropiadamente al mismo.

Son múltiples las alternativas comerciales que se le abren al país^[3]; porque el plan del Dr. Franklin Chang Díaz es situar muchos otros laboratorios de investigación en el país; además de ofrecer a la comunidad internacional con “El Motor de Plasma”^[4], un servicio similar al del canal de Panamá, de modo que si el satélite o la nave espacial que requiera los servicios del motor, tienen bandera nacional, se aplicaría un considerable descuento; lo que significaría un estímulo para que las compañías tecnológico-espaciales mundiales se instalen y operen en el país; de ahí la indudable relevancia del avance de este derecho.

Siendo que por lo tanto con el auge tecnológico-comercial de la industria espacial, se requerirá según es exigido por el mismo Derecho Espacial, identificar los objetos lanzados al espacio, y a este respecto al Estado responsable del lanzamiento, y por consiguiente de un registro nacional de

* Consultora Jurídica y Abogada, Universidad de Costa Rica.
1 “Cohete de Magnetoplasma de Impulso Específico Variable” o VASIMR por sus siglas en inglés.
2 Que significa en latín: empresa de cohetes hacia las estrellas.
3 Ronald Chang Díaz. El mercado espacial, Universidad y Sociedad, Universidad Estatal a Distancia: “desde aparatos que enfrían sistemas electrónicos en el espacio, hasta hacer comida espacial donde un lomito encebollado puede costar 5000 colones en la tierra, allá cuesta hasta 40.000 dólares, donde el valor agregado del conocimiento, de cómo procesar alimentos al espacio, es lo que hace viable a un país como el nuestro”.
4 El único en la actualidad con la tecnología que haga sostenible una actividad tal y como el remolque de objetos espaciales Y esto porque existen en órbita alrededor de la Tierra gran cantidad de satélites (muchos en mal estado y antiguos), privados en su mayoría; generando una gran cantidad de basura espacial; éste es si se quiere el primer gran negocio a nivel espacial que se abre para liberar posiciones a otros satélites.

objetos espaciales, y todo ello con la reciente aprobación y ratificación del convenio sobre el registro de objetos espaciales^[5].

Por lo que es incuestionable la valía de las cuestiones que se abarcarán; tales y como: ¿Puede el Derecho Espacial Internacional, abarcar apropiadamente el mercado espacial actual? ¿Qué está haciendo la legislación costarricense como nervio de gestión en la generación de derecho y específicamente de Derecho Espacial, que venga hacer frente a este mercado, en incremento y auge que amenaza con transformar las actividades espaciales en una empresa que estaría liderando preponderantemente la industria privada?

Y finalmente manifestándose a modo de hipótesis, como ineludibles, las numerosas contingencias normativas del Derecho Espacial, fruto de este mercado, tanto a nivel nacional como internacional.

1 El Derecho Espacial

1.1. Aspectos historicos y doctrinarios

1.1.1 Antecedentes históricos

“La conquista del espacio” es sin duda uno de los más extraordinarios acontecimientos que marcaron su inicio en el siglo XX, únicamente comparable “al descubrimiento de América”.

Ya desde antigua data son innumerables los antecedentes literarios y filosóficos de la era espacial; ya que ésta fue preparada no sólo por los numerosos logros científicos y tecnológicos en que se basaron las naves espaciales y los cohetes, sino también gracias a los sueños humanos expresados en anhelos y pensamientos, a través de la ciencia ficción y la construcción filosófica, que en definitiva se llegó a unir con la tangibilidad de la ciencia.

Así por ejemplo, al averiguar los griegos^[6] y los romanos que los puntos brillantes en el cielo eran planetas y estrellas, ya deseaban viajar hasta ellas. Uno de los primeros documentos en esta dirección es el del retórico griego, Samosata^[7]. Incluso ya desde el siglo II de nuestra Era Cristiana, existían historias acerca de viajes tripulados a Luna.

Ya para la civilización clásica apareció el libro Somnium Scipionis de Cicerón; más tarde Julio Verne escribió “De la Tierra a la Luna” y Edgar Allan Poe “Viaje a Venus” en 1865; asimismo, han destacado: “De Facie in Orbe Lunae” de Luciano de Samos; “Somnium” de Kepler y del famoso Cyrano de Bergerac “Historias Cómicas de los Estados de la Luna y el Sol”.Siendo que finalmente las utopías fueron superadas por la realidad y posiblemente lo continuarán siendo.

Del mismo modo, los antecedentes tecnológicos de“la conquista de espacio” son

numerosos; donde el verdadero comienzo de “la era espacial” no se da en efecto con el logro del vuelo espacial; sino más bien con toda una sucesión de invenciones que fueron procurándose a lo largo de muchísimos años para concretar una suma de elementos que conjuntamente la hicieron posible. Así, por sólo mencionar un ejemplo, el proceso de creación y descubrimiento de la pólvora^[8].

Pero no es sino con la puesta en órbita en 1957 del primer satélite soviético Sputnik, que se marcó un hito histórico, de la llamada “Conquista del Espacio”. En 1958, como respuesta, Estados Unidos crea la Administración Nacional de Aeronáutica y Espacio^[9] (en adelante NASA)

Los soviéticos pusieron a su vez un segundo satélite en órbita el 3 de noviembre de 1957, el Sputnik2, con Laika^[10]abordo, y se encontraba todavía en órbita cuando el primer satélite norteamericano el Explorer 1 despegó del Cabo Cañaveral el 31 de enero de 1958.

Los vehículos espaciales hicieron viajes cada vez más largos y realizaron hazañas más fascinantes; acontecimientos que se desencadenarían como fruto de que la humanidad volcó sus esfuerzos en hacer no sólo más solida esta conquista, sino

en beneficiarse de ella para de un modo u otro. Así el primer hombre en orbita fue Yuri Alekseyevich Gagarin, quien el 12 de abril de 1961, inició un viaje hacia el espacio exterior.

Los soviéticos alcanzaron otra victoria en la llamada “carrera espacial” al mandar a Gagarin. Y en respuesta el Presidente John F Kennedy prometió que los Estados Unidos de América no sólo iban a igualar a la Unión Soviética en sus logros, sino que pondrían un hombre en la Luna para finales de la década^[11].

El lanzamiento del Apolo 10, cuyo módulo lunar se aproximó a ocho millas de la superficie de la Luna, precedió a la misión del Apolo 11 que culminó con la histórica llegada del ser humano a la Luna^[12].

Esto le otorgó a los Estados Unidos el primer lugar en la carrera espacial; y en los siguientes tres años otras cinco misiones Apolo aterrizaron en la Luna. En los años sesentas los soviéticos pesimistas sobre sus chances de poner un astronauta en la Luna, se dieron por vencidos en esta tarea y se concentraron en una serie de estaciones espaciales.

Durante los siguientes años, en la década de los 70s del siglo pasado, la carrera espacial bajó su nivel. En primer lugar entre otros, por

5 El 16 de junio del 2009 la Asamblea Legislativa aprobó finalmente la adhesión al convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre; de un convenio suscrito el 14 de enero de 1975.
6 Ver Gómez Hertz, V (2000, p. 10): “El mismo Senado Romano preguntándose cual era el límite de Roma para sus conquistas se respondió “El Cielo es el Límite”.
7 Gómez Hertz, V. (2000, p. 10): “el cual utiliza la idea de un viaje a la Luna como herramienta satírica para criticar los problemas de la sociedad griega de ese momento”.

8 Que es un ingrediente elemental del combustible sólido de los cohetes.
9 Como agencia gubernamental, para llevar a cabo el programa espacial de Estados Unidos, completamente desvinculada de su aparato militar, precisamente para poder aprovechar el potencial comercial de un proyecto de esta índole.
10 El primer animal (canino) en orbita para recibir información bio-médica acerca de los efectos del vuelo espacial sobre organismos terrestres.
11 Salas, A. (1999, p. 29). “El programa Apollo se inicio con ese propósito y se convirtió en el eje de los esfuerzos de la Aeronáutica Nacional y de la Administración Espacial americana durante varios años.”
12 Lachs Manfred (1977, p. 9) “con el histórico mensaje que se envió al mundo desde Houston el 20 de julio de 1969: «Hoy el hombre desembarcó en la Luna. Dos exploradores del planeta Tierra, Neil A. Armstrong y Edwin E. Aldrin, usando su frágil nave aterrizaron temerariamente, pero con éxito a las 20.17 G.M.T.»” Después de regresar a su módulo dejaron la Luna, y se acoplaron con la nave de mando. Se reunieron con su colega Michael Collins y, junto con él, regresaron a la Tierra.

la necesidad de recuperarse de los esfuerzos de los Estados Unidos como de la Unión Soviética, de lograr aterrizar en la Luna^[13].

La carrera espacial finalizó con la alianza sin precedentes entre Estados Unidos y la Unión Soviética, en el proyecto Apolo-Soyuz en el año de 1975. Suceso que representó una nueva era de relaciones pacíficas en los programas espaciales.

En los 80s y 90s del siglo XX en las relaciones internacionales en esta materia predominaron las iniciativas de cooperación; ejemplo de ello fueron los proyectos inicialmente de la Estación Espacial Rusa MIR; y posteriormente, aún en avance la Estación Espacial Internacional.

Pero se empieza a incursionar más directamente en el ámbito jurídico espacial en 1952 cuando en el III Congreso Internacional de Astrofísica se trató por vez primera el ámbito legal de los vuelos espaciales, incumbiendo a Alex Meyer ser el primer jurista en tratar el tema^[14].

Con el lanzamiento del Sputnik I se detonó la lógica expectativa de cómo reaccionarían las distintas potencias, cuyo territorio estaría siendo sobrevolado por éste. Pero nadie se opuso y nadie invocó la Convención de Chicago de 1944 que norma la soberanía

de los Estados sobre su territorio en el espacio aéreo, nadie pretendió ejercer soberanía usque ad coelos^[15]. Y esto en gran medida porque, previamente en el Año Geofísico Internacional de 1957, había existido un acuerdo entre las naciones de que la puesta de satélites en órbita era de interés para el avance técnico; nadie reclamó incluso los que no participaron oficialmente, aunque los objetos transitaban sobre sus territorios sin autorización alguna.

Consecuentemente, se puede decir que el Derecho Espacial ha evolucionado de una forma más o menos paralela al desarrollo de la tecnología espacial y lejos de generarse resistencias, el interés teórico y jurídico ha aumentado, y el mundo lo ha celebrado.

Sin embargo, estos eventos generaron “a nivel legislativo internacional una serie de conflictos que eran necesarios resolver. Por ejemplo, ¿Cómo se iba a determinar quien era dueño de cual parte del espacio? ¿Qué responsabilidad tendrían los Estados en la actividad espacial? ¿A partir de dónde se comienza a hablar del Espacio Exterior? ¿Cuál es la relación entre el Espacio Exterior y el Espacio Aéreo?”^[16] ¿Debía la soberanía de los Estados continuar a la misma altura? ¿Se daría la misma situación del colonialismo, pero en el espacio? ¿Se emplearía las

nuevas posibilidades tecnológicas para fines bélicos? ¿En plena Guerra Fría los países de un bloque continuarían autorizando el libre tránsito de satélites?

Pero para ese momento de cambio tecnológico histórico, que justamente coincidía con la Guerra Fría, y a su vez, era en alguna medida fruto de la misma; la humanidad prefería en primer término un derecho espacial más de injerencia y competencia rigurosamente estatal, a su vez, que se interesaba más por la cooperación, la explotación pacífica del espacio e impedir una apropiación de éste por parte de los bloques ideológicos; mayormente por los posibles conflictos internacionales que se podrían generar en el intento de dominarlo; más que por un verdadero desarrollo jurídico práctico, versátil, comercial y verdaderamente democrático. Por ello, pocos semanas después de la puesta en órbita del Sputnik I se pedía el estudio en común de un sistema de inspección para asegurar que el envío de objetos al espacio se haría únicamente con fines pacíficos y científicos. La comunidad internacional se preocupó de generar mecanismos de discusión en los cuales los temas que concernía a las posibilidades que generaban las actividades en el espacio se pudieran tratar seriamente.

Prontamente los Estados comenzaron a deliberar sobre cuales eran los principios jurídicos que debían regir las actividades de los Estados en el Espacio, donde además las potencias querían que las actividades espaciales, quedaran cubiertas por el Derecho Internacional y la Carta de las Naciones

Unidas; por lo que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en 1959 crea la Comisión Especial sobre la Utilización Pacífica del Espacio Ultraterrestre.^[17]

1.1.2 Conceptualización

“La conquista del espacio” produjo mayores consecuencias y transformaciones en la vida, que cualquier otro acontecimiento anterior. De ahí que surgiera “la necesidad de una normativa especial para el espacio, ya que se ha constituido en un medio básico fundamental, en el que se desenvolverán gran parte de las acciones futuras del hombre, de gran importancia e injerencia para la humanidad entera”.^[18]

La apertura del ámbito espacial, colocó al hombre en el problema de su utilización y posteriormente en la labor de su regulación. Y esto al enfrentarse el ser humano con realidades materiales y físicas radicalmente distintas, para las que los institutos tradicionales de la Tierra se tornaron insubsistentes; de ahí la necesaria constante implementación, fortalecimiento y adaptación del “Derecho Espacial”. Concurriendo por lo tanto, de primordial importancia definirlo.

Siendo relevante a estos efectos, en primer lugar señalar que han sido múltiples las posiciones acerca de su misma denominación; denominaciones de las cuales entre otras están: “Derecho Satelitario, Derecho Interastral, Derecho del Cosmos, Derecho de la Navegación de los Espacios Celestes, Derecho Extraterrestre, Derecho Ultraterrestre, Derecho de la Locomoción

13 Salas, A. (1999, p. 33) “Para finales de la serie de misiones Apollo, los Estados Unidos se vieron frente un detrimento de fondos y de interés en su programa espacial. Al mismo tiempo el programa de la Unión Soviética sufrió una gran pérdida con la muerte de su fundador Sergei Korolev. Igualmente, para esta época, el número de participantes en la exploración espacial se había agrandado para incluir a las nacientes potencias espaciales de Japón, China, India, y Europa con la Agencia Espacial Europea (ESA) ... Ya en los años setentas, ambos países siguieron caminos distintos en la exploración espacial, alcanzado cada uno por su parte grandes logros”

14 La Torre, Eduardo. Introducción al Derecho Espacial. Monografía [en línea]. para consulta disponible en página web: <http://porelderechoespacial.blogspot.com/>

15 José Manuel Lacleta Muñoz (2005,08 de abril). El Derecho en el espacio ultraterrestre. Documento de Trabajo [en línea]. Obtenido el 21 de enero de 2010, desde dirección: <http://74.125.47.132/search?q=cache:zr1FgScHWY8J:www.realinstitutoelcano.org/documentos/187/Lacleta%2520pdf.pdf+derecho+espacial+y+la+empresa+privada+cd=36&hl=es&ct=clnk&gl=cr>

16 Gómez Hertz, V. (2000 p. 99)

17 (COPOUS por sus siglas en inglés), como un cuerpo permanente para analizar el ámbito de cooperación internacional en la utilización pacífica del espacio exterior; con un subcomité técnico-científico y otro jurídico.

18 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p. 51).

Espacial, Derecho Interplanetario y la más común Derecho Espacial”^[19].

Para definirlo MONTEJO Y RAMOS incluyen en su ámbito de regulación las relaciones entre Estados, organismos internacionales, entes jurídicos particulares y personas privadas que tienden a la exploración y explotación del espacio exterior^[20]. No obstante podría conceptualizarse también como aquel conjunto de principios y reglas que ordenan: las condiciones en que debe desenvolverse la exploración, uso y explotación del espacio y los cuerpos celestes; los astronautas; los objetos y vehículos; y las relaciones jurídicas que surjan como consecuencia de tales actividades; pero siempre y cuando se trate de situaciones y relaciones jurídicas que estén comprendidas y encuadren dentro de dichas reglas y principios internacionales.

Y surgiendo en segundo término un “derecho espacial interno” creado por los Estados para implementar el de índole internacional, y esto porque no está previsto un organismo de derecho internacional, que pueda obligatoriamente sostener la jurisdicción y, asimismo, ejercer un control, sobre un conflicto, por ejemplo, entre sujetos privados a raíz de una contratación comercial de índole espacial, a pesar de que sea una actividad netamente espacial.

De acuerdo con el doctor Ricardo Foglia y al doctor Ángel Mercado de Argentina citados

por SALAS, las características del Derecho Espacial son: Internacionalidad, dinamismo, Integralidad, Universalidad y Autonomía.

1.1.3 Clasificación, fundamentos y fuentes del Derecho Espacial

“El Derecho Espacial” puede considerarse como un tronco del Derecho Internacional^[21], o bien, para algunas posiciones, como una disciplina independiente del Derecho Internacional, pero inspirada, sin embargo en éste.

Según SEARA VÁZQUEZ el problema surge al tratar de determinar si el Derecho Espacial no tiene una amplitud suficiente para que pueda pensarse que, si no en el presente, por lo menos para el futuro, pueda convertirse en una rama independiente; pero puesto que es el Derecho Internacional quien se ocupa de las relaciones entre Estados, resulta de ello una dependencia.^[22]

Es mi tesis, que sí el Derecho Espacial Internacional, sufriera una reestructuración para abarcar formalmente también a nivel global ámbitos de situaciones fácticas que comprendan el fenómeno de la privatización y comercialización de las actividades espaciales, bien podría decirse que la amplitud anteriormente citada como requisito para su plena independencia del Derecho Internacional, se estaría dando o cumpliendo^[23].

Y esto porque el tema espacial surge en un contexto de peligro de conflictos militares en los albores de la Guerra Fría; aunando al temor por parte de los países más débiles de que esta nueva realidad les diera un poder desmedido a la potencias más fuertes; siendo por ello que principalmente el “Derecho Espacial” se empieza a gestear, como un nuevo orden normativo que en efecto incumbía al Derecho Internacional.

Rama jurídica que ira planteándose entre otros fines el lograr el mantenimiento de la paz, la seguridad internacional, promover la cooperación y el entendimiento internaciona-les y generar un equilibrio entre las naciones.

Lo que significaba que en todas las actividades referidas al espacio exterior y a los cuerpos celestes; los Estados debían estar sujetos al derecho internacional, incluida la carta de las Naciones Unidas, tal y como en efecto se reguló en uno de los principios que fue sentado por el derecho espacial.^[24]

Situación que sostengo deberá variar en algún grado, en un contexto tan distinto

como el actual, en que los actores del devenir espacial irreductiblemente se han diversificado y el “Derecho Espacial” ha ingresado gradualmente en la esfera de interés del hombre^[25].

Del mismo modo, es importante acotar que si se parte de que integra el Derecho Internacional (público), de la misma falibilidad de éste adolecería: tal y como que no haya un mecanismo de coacción u organización internacional lo bastante poderosa de Derecho Internacional; que por esta razón, incentivara la inversión espacial al fortalecerse la seguridad jurídica; y que al mismo tiempo procurara la protección de los intereses mundiales, evitando cualquier abuso que pudiera generarse.

Por otro lado, en relación a sus fundamentos, los legisladores debieron considerar permanentemente la conveniencia de recurrir a analogías^[26] de otras ramas del derecho internacional. Ya que, esta nueva dimensión, como las anteriores a las que el ser humano tuvo acceso o el mismo concibió, no podían quedar en un vacío legal^[27].

19 Salas, A. (1999, p.3)
20 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p.53) para “intentar una definición del Derecho Espacial diciendo que es una rama de las ciencias jurídicas que regula las relaciones entre Estados, organismos internacionales, entes jurídicos particulares y personas privadas que tienden a la exploración y explotación del espacio exterior”
21 Ampliándose por lo tanto, la validez del Derecho Espacial, erqa omnes; del mismo modo que el Derecho Internacional.
22 Seara Vázquez Modesto (1961, p.12)
23 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p. 80) “Respecto a la posición que avala la defensa de la autonomía del Derecho del Espacio Exterior, ésta no puede ser desechada, Por el contrario, debe mantenerse latente pero presente en la mente
(continúa en la siguiente página)

del jurista, ya que cuando todos los elementos necesarios confluyan, deberá iniciarse a toda costa, el camino hacia la independencia y la autonomía. Mientras el Derecho del Espacio Exterior siga siendo importante solamente por las regulaciones que da respecto de las relaciones entre Estados, y no propiamente por las actividades que allí se lleven a cabo; por su importancia económica para el mundo; por el caudal de conocimiento que atesora; por las riquezas que encierra; por ser una zona más de desarrollo del acontecer del hombre; tendrá que mantenerse adherido al Derecho Internacional, a la espera solamente de que todo ello sea una realidad encaminada a consolidar su propia autonomía.”
24 Lachs Manfred (1977, p.28) Implicando no “sólo aplicar los ordenamientos del derecho internacional como los define esta Carta, sino también, todos aquellos que se han creado como resultado del desarrollo de las Naciones Unidas, y que están sujetos a una nueva interpretación más actual.”
25 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p. 129) “y por este motivo, éste ha tenido que ir buscando, a medida que se presentan los problemas, la tutela más adecuada”
26 F. Castberg citado por Lachs Manfred (1977, p.34) Cuando se “redactan nuevas leyes se recurre con frecuencia al método comparativo y a las experiencias conocidas, y se buscan similitudes con situaciones que ya se han resuelto. Por consiguiente, los legisladores se inclinan a las soluciones analógicas.”
27 Lachs Manfred (1977, p. 26) “El desarrollo del transporte por carreteras y por ferrocarriles creó nuevas leyes... La ley acompañó al hombre en sus exploraciones cuando cruzó los océanos y desembarcó en nuevas tierras...”

Siendo que en definitiva, el Derecho Aéreo y el Derecho Marítimo^[28], fueron considerados preponderantemente apoyos jurídicos, conceptuales y doctrinarios del Derecho Espacial^[29]; ya que como ramas del derecho más antiguas, encontraron más asidero y desarrollo tanto doctrinario como legislativo. Así por ejemplo, en relación con la problemática de la soberanía, la tesis de la patrimonialidad sobre una franja del océano, fue adoptada del Derecho Marítimo para ser aplicada al Derecho Aéreo y posteriormente la figura del “mar e liberum”^[30] en alguna medida adaptada al derecho del espacio exterior.

Y esto último me parece a mi por el mismo fundamento no tanto jurídico o normativo; sino más de tipo económico (que hizo realmente innegable el establecimiento del régimen de libertad de navegación en alta mar), que en pocas palabras podría determinarse como “el auge comercial”. Un auge que se acentúa aún más en nuestros días en la empresa espacial, y que en aquel momento significó, la necesidad de implementar una ley especial para el mar, que consolidará una libertad de navegar, que permitiera de ese modo el desarrollo continental y mundial.

En relación con las fuentes del “Derecho Espacial”y sus expresiones normativas, una vez que se puso en marcha el programa

espacial mundial, con el lanzamiento exitoso de satélites, la problemática jurídica espacial surgiría en la agenda de la Organización de las Naciones Unidas ^[31] (en adelante la ONU), y ello con la creación de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (en adelante COPOUS, por sus siglas en inglés), que para sus fines se subdividió en dos subcomisiones: La Subcomisión de Asuntos Científicos y Técnicos y la Subcomisión de Asuntos Jurídicos.

Del mismo modo han sido gran fuente creadora de este derecho, entre otros entes como la Organización Internacional de Aviación Civil, la Organización Mundial de Meteorología, la organización para la Observación Mundial del Clima, se formaron para enfrentar las problemáticas en torno a las telecomunicaciones, la meteorología y todos los problemas de la actividad espacial que tenían repercusiones en la aviación. Así mismo, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante INTELSAT) y la UNESCO.^[32]

En un comienzo se parte, de un instrumento de carácter no tan definitivo, que permitiera una aceptación gradual, tal como viene a ser, en un primer término, la costumbre internacional expresada en principios básicos, y más tarde en una primera aproximación escrita^[33].

28 D’Armél Kerrest (2003, p. 1). “Le droit de la mer depuis longtemps, le droit de l’espace plus récemment sont les laboratoires de ce droit nouveau qui ne vise plus essentiellement à régler les rapports entre les États souverains...”

29 Salas, A. (1999, p.10) Así por ejemplo “el término de alta mar extraído del Derecho Marítimo, era un concepto natural sobre el cual se podía constituir una analogía para el espacio.”

30 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p. 83) “se trajo... a discusión el problema ya conocido: “mare clausuro y mar e liberum”. Y al encontrarse “los motivos por los que se debatía la libertad o no del mar, se quería también encontrar respuesta a la soberanía o libertad sobre el Espacio Exterior.”

31 La cual ha sido una de las principales fuerzas productoras y creadoras a nivel legislativo del Derecho Espacial.

32 Lachs Manfred (1977, p. 44) que ha fomentado el “intercambio de información, ha brindado ayuda a los Estados miembros y a las organizaciones no gubernamentales en la preparación de astrónomos y geofísicos, y ha promovido proyectos científicos.”

33 “La Declaración de los Principios Jurídicos que rigen las Actividades de los Estados en la Exploración y Uso del Espacio Ultraterrestre” de 1963.

Así mismo, sin dejar de hacer mención del carácter de fuente que juegan, las iniciativas normativas estatales y regionales que son inspiradas en tesis de principio por el Derecho Espacial en sentido estricto^[34], a la vez que inspiran e impulsan en algún grado a aquel.

Siendo que por lo tanto serán múltiples las expresiones normativas de estas fuentes del “Derecho Espacial”, están en primera instancia las recomendaciones y resoluciones de la ONU^[35]; así mismo en segundo término estarán los tratados internacionales espaciales, ya sean de índole multilaterales o bilaterales^[36], que los habrán regionales^[37] o universales.

Y finalmente reviste el carácter de fuente del Derecho Espacial: la doctrina^[38] y la jurisprudencia, las cuales adolecen de una antigüedad suficiente, que haga posible un cuerpo, tanto doctrinario como jurisprudencial, lo bastante substancial e importante; siendo que, en mi opinión,

cuando la efectiva armonización del derecho espacial a los exigencias comerciales se dé, posiblemente, la actividad jurisdiccional (internacional) como doctrinal comenzará a enriquecerse. A este respecto, de hecho no existen, como resulta consecuente precedentes judiciales^[39].

1.1.4.Ámbito de acción, sujeto y objeto del Derecho Espacial.

Para los efectos de establecer el ámbito de acción del derecho espacial, es esencial en primer término establecer que la naturaleza jurídica del espacio exterior, y ello con la finalidad de disgregarlo del régimen jurídico o ámbito de acción del espacio aéreo (que le esta más próximo).

Son variadas y equívocas las definiciones que se le puedan asignar al espacio exterior, las cuales partirán de acuerdo a la óptica, desde donde se contemple^[40], llegando a resultados que no necesariamente coincidirán. Así

34 Dando vida a un muy incipiente, en la actualidad, “seudo-derecho espacial nacional”que no necesariamente guardarán total armonía con el que rige a nivel internacional.

35 Aún y cuando la Asamblea General de la ONU, no es un órgano legislativo propiamente dicho; por lo cual su recomendaciones y resoluciones, no vendrían a constituir una ley internacional en el estricto sentido de la palabra, no siendo obligatorio para sus miembros de la ONU, pero no obstante inspirando principios y prácticas, que o bien (dependiendo de la posición que se tome) se constituirían en una ley consuetudinaria, o inspirarían posteriores textos normativos.

36 El “Acuerdo de cooperación ruso-estadounidense para la explotación y utilización del Espacio cósmico con fines pacíficos” de 1974.

37 El “Acuerdo sobre la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite” de 1971, conocido por crear la INTELSAT; así también el de la Organización análoga creada por la otra potencia tecnológica de la época, denominado “Acuerdo sobre la creación de un sistema internacional y organización de las telecomunicaciones”, dado en Moscú en 1971; conocida como INTERSPUTNIK. Y más en la actualidad el tratado con el que se crea la ESA o la Agencia Espacial Europea, el 30 de mayo de 1975.

38 Cocca Aldo Armando (1970, p. 46) “Nada se escapa a la mente del jurista espacial, que debe poseer un necesario vigor imaginativo, porque su labor es considerada más científica y más creadora que en las otras ramas del Derecho que precedieron su quehacer.”

39 Algunas de las únicas previsiones legislativas, para implementar mecanismos de solución de conflictos a nivel internacional, los constituyen por ejemplo; el caso del “Acuerdo de INTELSAT”, que mediante su artículo 2 prevé, la implementación de un Tribunal Arbitral; y por otro lado, los laudos de la Comisión de reclamaciones, del “Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales” regulados en su artículo 19.

40 Así por ejemplo, si se abarca desde el derecho o las ciencias del espíritu; o si por el contrario, es considerado desde cualquiera de las ciencias de la naturaleza.

por ejemplo, desarrollando la concepción matemática, el espacio, estaba relacionado directamente con la cantidad; “considerada ésta como ORDO PARTRIUM IN TOTO,”^[41].

Pero al intentarse una posición jurídica; debe partirse de que el bien jurídico que el derecho tiene la misión de proteger en el “Derecho Espacial” es el espacio exterior, siendo que por ello debe concretizarse en una definición para clasificarlo como cosa en sentido jurídico, concurriendo que ante la falta de univocidad e irreductibilidad absoluta en tesis de principio de dicha definición y no poder clasificárselo como tal, su definición debería entonces, asumirse de una forma inconcreta, partiendo de un “concepto funcional”^[42]. “Es decir regularlo o identificarlo jurídicamente, pero con referencia a las actividades humanas realizadas en él.”^[43]

Y establecer esta determinación, de darle relevancia a la tipología de actividades, clasificándolas funcionalmente como espaciales, será de primordial importancia, por ejemplo, al presentarse ciertas dificultades en la delimitación jurisdiccional de su régimen jurídico.

Ahora, en estricto apego, al ámbito de acción del Derecho Espacial, no solo incluirá, las actividades que se dan en el espacio exterior; sino que quedarán quedar estimados, los

efectos que éstas desplieguen en la Tierra^[44]; y que a su vez, estén previstas dentro del Derecho Espacial.^[45]

Todo lo cual quiere decir; que una actividad catalogada precisamente como espacial, aún cuando esté siendo realizada dentro del ámbito terrestre, por serlo, entonces estaría convirtiendo al ámbito terrestre de cierto modo, en un ámbito de acción del Derecho Espacial. Así por ejemplo un despegue de una nave espacial, que aun esta en el aire y por lo tanto, no llega a estar en órbita, y suscita una circunstancia comprendida en el régimen jurídico de responsabilidad de derecho espacial. Restándosele cierta importancia, de esta forma a la indeterminación zonal imperante^[46].

Por otra parte, en relación a los sujetos del Derecho Espacial; en primer término éste como rama del Derecho, debe ocuparse precisamente de una relación entre sujetos. Y estas relaciones se dan entre: Estados, entes jurídicos particulares^[47], organismos internacionales y otros sujetos espaciales; nacidas todas estas relaciones en principio fuera del ámbito terrestre.

Y en último lugar en relación al objeto del Derecho Espacial, un propósito primordial de este derecho, además de procurar la paz y la seguridad, tras tomar en consideración los

antecedentes históricos socio-políticos de la humanidad, es regular este nuevo ámbito, para que las relaciones entre los Estados y demás sujetos del Derecho Espacial de modo que entre estos sujetos, haya una equidad distributiva en los recursos y beneficios, que las actividades espaciales puedan reportar. Y así mismo pienso que también este derecho, estaría llamado a impedir que las actividades espaciales, puedan dañar materialmente a la humanidad, causando daños económicos, ecológicos y daños físicos.

1.1.5. Problemática de la delimitación del espacio exterior.

La soberanía sobre el espacio aéreo; no siempre fue la misma, es decir, que este régimen no fue simplemente admitido sin ninguna dificultad, en un principio la soberanía sobre el espacio aéreo era asimilada a del espacio exterior.^[48]

Pero ya en el Derecho Espacial el concepto jurídico de la soberanía que si operaría en el ámbito aéreo^[49], no va a estar presente; y esto porque así por ejemplo en el caso de los astronautas “el hombre no actúa ya en el medio ambiente propio... Es un enviado, y adquiere esta representatividad no sólo frente a los demás Estados de la Tierra —porque posee la nacionalidad de uno determinado—

sino también en lugares ajenos al planeta Así al legar a un cuerpo celeste, lo hace en el carácter de enviado de la Humanidad que integra, y no puede tomar posesión de dicho cuerpo celeste, ni de una parte del mismo ni reclamar soberanía para una nación o un grupo determinado de naciones de la Tierra ... investido con ese alto rango por la Asamblea General de las Naciones Unidas.”^[50]

El problema surgió cuando debió determinarse en donde terminaba una y otra jurisdicción, así surgieron diversas teorías para hacer esta determinación.

Señalándose que si bien, la problemática en sí cobro vigencia casi desde un comienzo, a ésta no se le prestó suficiente atención porque “en ese momento se realizaba una actividad de investigación, considerando que la comercialización del espacio existiría en un futuro muy lejano, motivo por el cual no era necesario establecer una delimitación definida del espacio ultraterrestre en esos momentos. Este pensamiento quedó plasmado en el informe del COPUOS en mil novecientos cincuenta y nueve...”^[51]

Entre las principales teorías están la de la línea jurisdiccional primaria de Von Karman, el cual en 1957, en un Congreso de Barcelona, presentó un diagrama que pretendía resolver

41 De Fuentes, Alejandro (1990, p. 12)
42 Una alternativa normalmente empleada y nada extraña, en las ciencias jurídicas.
43 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p.50)
44 Seara Vázquez Modesto (1961, p. 207) Las experiencias y adelantos realizados en el espacio exterior; “permitirán no solo mejorar el medio espacial del hombre, sino” que de seguro se dejaran ver “sus efectos en la tierra, sobre el hombre, y sobre su modo de vida (...)”, y sin dejar de lado, “que los descubrimientos de la ciencia espacial en el transcurso de cierto número de años, tendrán posiblemente, influencia profunda que mejorará los conocimientos y el bienestar de la humanidad.”
45 Así por ejemplo, entre otros; las actividades relacionadas con telecomunicación, sensores remotos o tele-observaciones.
46 Que se expondrá en el siguiente punto.
47 Así por ejemplo; el accionar de un sujeto privado, esta reconocido en principio, por estarlo también éste como sujeto del Derecho Espacial; y ello representado por el Estado al que pertenece.

48 Seara Vázquez Modesto (1961, p. 20) Así por ejemplo “en el derecho romano, y en el campo del derecho privado encontramos una primera definición (...) la concepción romana de la propiedad vertical. El propietario de un terreno era, por este solo hecho, propietaria de una columna de tierra hasta el centro de la tierra y de una columna de aire que se extendía verticalmente hasta el infinito... Es decir, que la propiedad se extendía usque ad coelum et ad inferas.”
49 Salas, A. (1999, p. 139) “la Convención de Chicago de mil novecientos cuarenta y cuatro, sobre aviación civil internacional, estipula en su artículo primero que (...) todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio (...) A los fines del presente Convenio se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado (...)”
50 Cocca Aldo Armando (1970, p. 104), op. cit
51 Informe del Comité ad hoc del Uso Pacífico del Espacio Ultraterrestre, A/4141, del 14 de julio de 1959 citado por Salas, A. (1999, p. 145)

la situación de indeterminación existente, proponiendo una altura constante^[52].

Otra teoría sería la del límite fijado en donde termina la atmósfera presentándose “la imposibilidad de precisar las fronteras de la atmósfera que no es uniforme.”^[53]

Otras teorías fueron la de la división en zonas análogas a las del mar^[54]; la del control efectivo^[55]; la tesis de la cesación de la atracción terrestre^[56]; la de la altura sin límites: la de la tesis de una órbita artificial satelitaría^[57]; la teoría fundada en el Criterio Biológico; la teoría Funcional^[58] y por último la teoría convencional, la cual por la relevancia que cobró la Órbita Geoestacionaria para las actividades satelitales y la disyuntiva que representaba establecer cual sería el derecho aplicable a ella o sobre la cual tendría

jurisdicción; es que aparece la irreductible necesidad de reducir de una vez por todas la problemática de la interminación zonal; por lo que a raíz de ello es que surge esta tesis que va ha tomar como punto esencial de referencia el elemento convencional; fruto de la cual se viene a establecer finalmente, “el límite divisorio entre el espacio aéreo y el exterior, en aproximadamente cien kilómetros sobre la superficie de la Tierra.”^[59]

1.2. Aspectos Normativos: El Corpus Iuris Spatialis

1.2.1 Principios

La puesta en órbita Sputnik 1 desataría la “carrera espacial” que consistiría básicamente en la lucha entre las potencias por ser la que predominara en plena Guerra Fría. En virtud

de que los adelantos tecnológicos podrían dejar en franca desventaja a una potencia de la otra, despertando grandes recelos por los peligros a los que eventualmente podría someterse al mundo por una mala utilización de éstas.^[60]

Las Naciones Unidas fue el primer órgano que buscó soluciones concretas; planteándose entre otros temas, la utilización del espacio con fines pacíficos y la cooperación que debía darse entre los Estados. Y en 1957 al celebrarse el “Año Internacional de Geofísica”, se trae por “primera vez a colación en este foro mundial, cuestiones relacionadas con el problema de la regulación en el espacio.”^[61]

A raíz de todo esto, es que surgen en 1958 la Comisión Especial sobre la utilización pacífica del espacio ultraterrestre; y en 1959, la más arriba mencionada COPOUS, remplazando a la anterior. Donde producto del trabajo de esta comisión se llegan a vislumbrar los primigenios principios que ordenarían las actividades humanas en el espacio exterior. Y también robusteciéndose gracias a que los mismos Estados los fueron promoviendo fruto de negociaciones en el seno de la ONU.

Así por lo tanto, fueron surgiendo varios conjuntos de principios. El primero de ellos fueron “los principios básicos del derecho espacial”, los cuales están contenidos básicamente en dos cuerpos normativos: la “Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre”^[62] y en el “Tratado sobre los Principios que Gobiernan las Actividades de los Estados en la Exploración y Uso del Espacio Ultraterrestre, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes”^[63].

Entre los principales principios que contienen estas normas están: el principio referente al derecho de toda la humanidad de beneficiarse del uso y exploración del espacio exterior (Universalidad)^[64]; el principio de conformidad de las actividades espaciales con el Derecho Internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas; el principio de igualdad como un fundamento del libre uso y exploración del espacio y los cuerpos celestes; el principio de no apropiación^[65]; el principio de responsabilidad por objetos y actividades espaciales; el principio de cooperación y de asistencia mutua^[66]; el principio de registración de objetos;

52 Andrew G. Haley citado por Ih-Ming Wang (1965, p.95) “Para establecer bases seguras para la delimitación de la jurisdicción en el espacio y en la atmósfera es necesario considerar las condiciones en que pueden realizarse los vuelos aéreos, es decir, para circular a una altura constante que puede ser expresada por la ecuación: peso = ascensión aerodinámica + fuerza centrífuga.” Siendo que resultado de los avances tecnológicos, esta medida desde luego iría a cambiar.

53 De Fuentes, Alejandro (1990, p. 15)

54 John C. Cooper citado por Ih-Ming Wang (1965, p. 103) “Para Cooper, la soberanía estatal en el espacio aéreo subyacente no debería extenderse más de 300 millas encima de la superficie terrestre. Se designa con el nombre de espacio territorial a aquella zona a cuya altura podrían volar los aparatos aéreos de soporte atmosférico, es decir, de sustentación aerodinámica. Esta primera zona, debería ser exclusiva para la soberanía estatal(...)La segunda zona(...) es aquella situada entre los límites del espacio territorial y unos límites situados a 300 millas, a contar desde la superficie de la Tierra. En esta (...) llamada «espacio contiguo», se desarrollarán los derechos de tránsito para vuelos pacíficos o no militares.”

55 Alguna crítica que se le hace a esta posición, y es que la soberanía no debería basarse en razones de poder o de fuerza, por lo que de ser así, se estaría midiendo la fuerza de raciocinio del derecho por la de la fuerza material.

56 Siendo en ese sentido excesivo este criterio, porque vendría a significar la aplicación de esta hipótesis una expansión descomunal de la soberanía Estatal a espacios donde histórica y materialmente ha sido jurisdicción del Derecho Espacial. Ya que tanto matemática como físicamente trazar una línea uniforme en ese sentido, sería impensable. Concurriendo que en ese sentido la fuerza gravitacional terrestre se irá diluyendo conforme la solar y la de otros cuerpos celestes hagan su aparición. Pero la debilidad de esta teoría radica en que asume como un todo el espacio aéreo y el exterior.

57 Inoperable esta tesis, en el tanto la delimitaciones por ella propuestas estarán en constante cambio; ya que en dado momento las actividades aéreas o satelitales de hoy, pueden ser conducidas mañana a alturas consideradas de una u otra actividad y ese tanto la constante vigilancia de los Estados a ese respecto.

58 La cual establece un modo lógico de distribuir competencias al Derecho Aéreo y al Derecho Espacial, según el tipo de actividad que se realice; y ante las deficiencias de las que las demás teorías fueron fruto; siendo que es la que más armonía con un criterio convencional podría tener, dado de que parte a priori de que la división física no es posible.

59 Salas, A. (1999, p. 154)

60 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p.19) “era urgente regular al respecto, establecer las reglas de conducta necesarias para evitar que se impusieran tendencias desmedidas de imperialismo o, en el peor de los casos, que se llevaran a cabo actividades que desvirtuaran de modo irrevocable el medio, poniendo en peligro la vida misma del hombre.”

61 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p.21)

62 Declaración que fue aprobada en 1963, mediante la Resolución 1962 de la Asamblea General de la ONU.

63 Conocido como el “Tratado del Espacio”, aprobado el 19 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 10 de octubre de 1967 mediante la resolución 2222/XXI de la Asamblea General de la ONU.

64 Lo cual significa, que ninguna actividad en el espacio exterior o sus efectos y beneficios en la Tierra, podrán hacerse, sino lo es en favor e interés de toda la humanidad. Constituyéndose, por lo tanto, este ámbito, en patrimonio de toda la humanidad.

65- El cual implica, que ni el espacio exterior, ni los cuerpos celestes, pueden ser objeto del régimen de propiedad particular o de reivindicación de soberanía estatal (excluyendo los meteoritos que tienen un régimen jurídico que si los hace objeto de legítima apropiación).

66 Relacionado con este principio, se encuentran dos sub-principios: el Derecho de Consulta y el de Inspección. No obstante suscita controversia en relación con el conflicto de intereses por la gran inversión económica que se hace por el Estado en principio obligado a asistir al otro o prestarle información (la cual resulta ser muy costosa), y aunado a ello, la indefinición en cuanto al tiempo límite y el grado o tipo de información que debe prestarse;

el principio de exploración y utilización del espacio exterior con fines pacíficos^[67] y el principio de rescate, salvamento y devolución de Astronautas y Objetos Espaciales.

Posteriormente surgieron otros conjuntos de principios los cuales son:“los Principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión”^[68],”Los Principios relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio”^[69], “Los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre”^[70]y por último los de “la Declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.^[71]

1.2.2. Normativa Espacial: Vigencia

Los tratados, acuerdos o convenios espaciales internacionales multilaterales, podrían

ser catalogados como una de las más importantes fuentes normativas del Derecho Espacial; los cuales constituyen el denominado Corpus Iuris Spatialis^[72], y que son primordialmente cinco tratados que desarrollan algunos de los principales principios.

El primero de ellos es (el ya citado) “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la explotación y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes”; el segundo de ellos es el “Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al Espacio ultraterrestre”^[73]; el tercero es el “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”^[74]; el cuarto es el “Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre”^[75] y el quinto y último es el “Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la luna y otros cuerpos celestes”^[76] .

En relación a iniciativas legislativas “Espaciales Internas”, partiendo de un criterio

extensivo del Corpus Iuris Spatialis, necesariamente debe llegarse a la conclusión, de que éste abarcará principios, normas y prácticas de los Estados a nivel normativo espacial, aún cuando no puedan ser catalogados como Derecho Internacional Público stricto sensu.

Siendo que de ensayarse una posible clasificación, podría catalogarse como parte del derecho privado y/o público nacional^[77] e internacional privado (ello en virtud de la creciente privatización y comercialización de las actividades espaciales) con fuertes incidencias con el Derecho Espacial “público” y ello en todos aquellos ámbitos en que sus normas puedan transversarse.^[78]

Además, porque del mismo modo, debe aceptarse que el Corpus Iuris Spatialis representa una base fundamental, para el surgimiento de dicha legislación nacional, situación que se asimila a lo que ocurre con las reglamentaciones de las leyes internas de un país.^[79]

Siendo importante acotar que en la actualidad sólo unos pocos países han adoptado en sus respectivos derechos internos normas jurídicas obligatorias relativas a actividades espaciales efectuadas por sus nacionales o en y desde su territorio.^[80]

Y último lugar, en relación a la temática de la vigencia de las normas espaciales

67 La dificultad más fuerte que encuentra este principio en la práctica, es la controversia que podría describirse como la indefinición o ambigüedad en cuanto a lo que podría entenderse por uso pacífico; y esto porque podría entenderse exclusivamente como la prescripción del ataque ofensivo o uso de la fuerza, pero dejando de lado la utilización del ámbito espacial para fines estratégicos e investigación de carácter militar; o por el contrario, bien podrían interpretarse, de una manera radical extendiendo el concepto de “uso con fines pacíficos” a todo lo que tenga que ver con el tema bélico.

68 Aprobados el 10 de diciembre de 1982.

69 Aprobados el 3 de diciembre de 1986

70 Aprobados el 14 de diciembre de 1992

71 Aprobada el 13 de diciembre de 1996.

72 INSA. (2001). Disponible en la pagina web. <<http://www.insa.org/node/607>>.”conjunto de normas del derecho internacional aplicable a las actividades espaciales, el cual se ha ido conformando de forma gradual y evolutiva bajo el patrocinio directo de Naciones Unidas.”

73 Conocido como el Acuerdo de Rescate. Aprobado el 19 de diciembre de 1967 y entró en vigor el 3 de diciembre de 1968 mediante resolución 2345/XXII de la Asamblea General.

74 Conocido también como Convenio de Responsabilidad. Aprobado el 29 de noviembre de 1971 y entró en vigor el 11 de septiembre de 1972, mediante la resolución 2777/XXVI de la Asamblea General.

75 Este convenio fue aprobado el 12 de noviembre de 1974, y entró en vigor el 15 de septiembre de 1976, mediante la resolución 3235 de la Asamblea General de la ONU.

76 Este acuerdo fue aprobado el 5 de diciembre de 1979, y entró en vigor el 11 de julio de 1984, mediante la resolución 34/68 de la Asamblea General.

77 Una categorización jurídica: “comercial-administrativo-espacial”, la cual estaría más bien compuesta por una combinación entre los derechos: comercial y administrativo de los distintos Estados.

78 Donde la tendencia a mi parecer podría decantarse por la pérdida de relevancia del Derecho Espacial “público” para centrarse el mayormente el desarrollo de la parte privada en un futuro muy cercano. Ya que debe reconocerse, que sólo en el caso de que las actividades espaciales continúen en manos de los Estados, podría continuar teniendo la competencia exclusiva, el Derecho Internacional “público”.

79 Así por ejemplo, los Tratados internacionales de la materia Espacial, vendrían a requerir, de la implementación nacional de normas, por citar un caso, con relación al tema de la supervisión, vigilancia, autorización y registro interno, de los actores de actividades espaciales y sus objetos, que son algunos de elementos consecuentes de lo regulado por el Tratado de Registro de objetos Espaciales. Asuntos que posiblemente no se regulan directamente en el Tratado, por la complicación que representa, entrar a regular, ámbitos que pudieran de alguna manera terminar por extralimitar la competencia del Derecho Espacial; además de que habrá diversas vicisitudes dependiendo del Estado en donde haya de hacerse efectivo el Tratado.

80 INSA. (2001) Disponible desde pagina web < <http://www.insa.org/node/607>> “Estados Unidos” la “49 USC 701 Commercial Space.” La “Launch Activities.” La “CFR 14 III 400 Commercial Space Transportation.” La “Land Remote Sensing Policy Act.” La “Communications Act.” La “Commercial Space Launch Act (...) Noruega.” La “Act on Launching Objects from the Norwegian territory into Outer Space” de “(1969). Suecia.” La “Act on Space Activities” de “(1982).” La “Decree on Space Activities” de “(1982).” Reino Unido.” La “Outer Space Act” de “(1986). Sudáfrica.” La “Space Affairs Act” de “(1993). Federación Rusa.” La “Law about Space Activity” de “(1996).” El “Statute No. 422 Licensing Space Operations”(2002). Ucrania.” La “Ordinance on Space Activity” de “(1996).” El “Decree No. 798 on Licensing Private Entities undertaking Space Activities.” En“Australia.” La “Space Activities Act” de “(1998).” La “Space Activities Regulations” de “(2001).” En “Hong Kong.” La “Outer Space Ordinance” de“(1999). Brasil. Administrative Edict No. 27 (2001). Bélgica. Law on the activities of launching, flight operations or guidance of space objects (2005).” En “Corea del Sur.” La “Space Exploration Promotion Act” de “(2005).”En los “Países Bajos.” La “National Space Act” de “(2007).” Y “en Canadá existe una normativa que regula parcialmente ciertos aspectos relacionados con autorizaciones para el lanzamiento de objetos (...) en Italia (...) se han legislado algunas materias relacionadas con la responsabilidad (...)” y“finalmente, en la actualidad están siendo tramitados algunos proyectos legislativos relacionados con” el “derecho del espacio en Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Indonesia, India, Malasia y Kazajstán entre otros.” (lo que esta fuera de las comillas no es del original)

para algunas posiciones, debe haber una voluntad estatal justamente expresada en la adhesión a dichos cuerpos normativos; no obstante quedándole para algunas otras posiciones siempre el carácter jurídico de ius cogens^[81]y de “costumbre internacional”^[82], y ello al haber sido plasmados con anterioridad en prácticas y costumbres, y esto aún para los Estados que no haya suscrito, aprobado y ratificado dichos cuerpos normativos, de acuerdo con la legislación interna de cada país.^[83] Así entonces, la concreción de los principios en un comienzo, no necesitó de una fuente escrita, sino únicamente de la práctica.

Mientras otras posiciones como la de GARCÍA DEL POYO, consideran que “al menos, han de ser considerados como recomendaciones para la comunidad internacional puesto que—desde un punto de vista técnico-jurídico- no han alcanzado la categoría de normas convencionales como sí lo son los Tratados.”^[84] Lo cual significaría, que únicamente los principios que con exclusividad, han sido plasmados

en los convenios entre Estados o sujetos de derecho internacional, y que han sido aprobados y adheridos por los Estados, tendrían la categoría de tales^[85].

Pero contrariamente según LANCETA MUÑOZ, en apoyo a la tesis de la configuración de la costumbre internacional espacial, “el Tribunal Internacional de Justicia, en su sentencia relativa a la plataforma continental en el Mar del Norte, en 1969, afirmó que una norma de derecho consuetudinario podía cristalizar por la aceptación de un grupo muy numeroso de Estados siempre y cuando incluyera a los directamente interesados.”^[86] Creyendo este autor que con el Tratado del Espacio sobradamente se viene a cumplir con esta condición.

Siendo que de tomarse partido por la innecesaridad de la ratificación, vendría a ponerse en entredicho la importancia real de que estas normativas sean efectivamente aprobadas y ratificadas por los Estados que todavía no lo han hecho, tal y como nuestro país (en el caso de varias de ellas).

Sin embargo en tiempos más recientes las iniciativas por parte del sub-comité jurídico de la COPOUS, han sido en función de promover la adhesión y aprobación, de los cinco principales Tratados del Corpus Iuris Spatialis.

Al mismo tiempo que se ha abogado por parte de Rusia, Ucrania y Kazajstán sobre posibles opciones de entablar en la subcomisión jurídica de la COPOUS un debate acerca de la necesidad de elaborar una convención universal de Derecho Espacial, que sustituiría a los tratados hoy vigentes, refundiéndolos en uno solo pero las delegaciones occidentales, en especial Francia, Japón y EE.UU. lo han rechazado expresamente.^[87]

Y esto porque, se ha considerado, que ello, es un poco anticipado, además de que existen puntos álgidos que podrían despertar gran cantidad de discusiones y pocos acuerdos, que en definitiva, podrían hacer tambalear los fundamentos del Derecho Espacial; el cual, si bien está aún en formación, sería más adecuado que su evolución y adaptación se diera en respuesta a cada una de las dificultades que se vayan haciendo más latentes en la esfera espacial

2. Explotación del Espacio Exterior

2.1.PRIVATIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ESPACIALES: EL MERCADO ESPACIAL

2.1.1 Comercialización y privatización de las actividades espaciales

Según SEARA VÁZQUEZ ya al llegar el ser humano al espacio se vislumbraba “el nacimiento de un nuevo orden de relaciones comerciales y políticas, la apertura de un campo nuevo e ilimitado para las actuaciones de los hombres.”^[88]

Pero para KERREST la problemática (para el derecho espacial) surge más bien de una evolución de las actividades espaciales hacia la privatización, donde el cambio de actores y por lo tanto de motivaciones fue fundamental., así de motivaciones de tipo estratégico-militar y de investigación científica en el contexto de la guerra fría, se pasa cada vez más a una orientación de satisfacción de necesidades civiles.

Así por ejemplo en el campo de las telecomunicaciones, se dio la posibilidad “de crear un acceso barato y confiable a todos los seres humanos del mundo a un sistema de comunicaciones y de transferencia de datos (...)”^[89] siendo que “en un principio, los países socialistas se oponían a una red satelital comercial por cuanto contravenía los acuerdos de la Naciones Unidas en el sentido del uso del espacio para toda la humanidad.”^[90] De ahí que las prácticas

81 Normas las cuales no son susceptibles de ser derogadas por la voluntad de los Estados; lo que quiere decir, que son normas del Derecho Internacional general obligatorias para todos los estados, miembros o no del Tratado.

82 Así por ejemplo, el silencio de los Estados, que con el paso del tiempo, ha reforzado es la idea, de que el “Derecho de Vuelo”de las naves y objetos espaciales por el perigeo más bajo posible, se ha establecido en la jurisdicción aérea y espacial ante la indefinición zonal; dando a entender que hay acuerdo, consenso o aceptación tácita de que no hay violación de los derechos de soberanía de ningún Estado, lo que aparenta suponer, que se ha configurado una ley no escrita o costumbre internacional.

83 De modo que si parte de esta tesis, los Estados que han sido parte y aún los que no lo son, deben obligatoriamente adaptar su legislación nacional a las disposiciones jurídicas de implementación del instrumento internacional.

84 INSA. (2001) Para consulta disponible en página web: < <http://www.insa.org/node/607>>.

85 Así por ejemplo, las posiciones de países de la zona ecuatorial del planeta, que no han querido ratificar el Tratado del Espacio; ya que sostienen que la órbita geoestacionaria es un recurso natural, parte de su soberanía. De donde esencialmente, han partido de la posición de que según sus disposiciones internas el Tratado para ser ley debe aprobarse mediante el Congreso de la Nación, ratificándose posteriormente por el poder ejecutivo a través del intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación; por lo que de todas formas, no bastaría la simple suscripción inicial del tratado, efectuada por el personal diplomático del país.

86 Lanceta Muñoz (2005,08 de abril) Disponible en la pagina web: <http://74.125.47.132/search?q=cache:zr1FgScHWY8J:www.realinstitutoelcano.org/documentos/187/Lacleta%2520pdf.pdf+derecho+espacial+y+la+empresa+privada&cd=36&hl=es&ct=clink&gl=cr>

87 INSA (2001) Disponible desde pagina web.< <http://www.insa.org/node/607>>

88 Seara Vázquez Modesto (1961, p. 5)

89 Gómez Hertz, V. (2000, p. 56)

90 Gómez Hertz, V. (2000, p. 58)

consuetudinarias permisivas aparecieron, a través de las cuales las potencias espaciales simplemente comenzaron a crear entidades internacionales como INTELSAT o COMSAT que permitían que los países que no tenían posibilidades de llegar al espacio tuvieran acceso a servicios de telecomunicaciones satelitales a un precio menor.

Más tarde dentro del sector de la televisión y de las telecomunicaciones los intereses privados cobraron tal importancia que provocaron la privatización de INTELSAT^[91], aún y cuando fue concebida como una organización internacional intergubernamental que había sido creada originalmente para encargarse de servicios públicos internacionales.^[92] Del mismo modo, la teledetección que primero fue para uso militar, se le da un uso civil y se privatiza. Así, los programas públicos y los intereses privados se fueron asociando financieramente.^[93]

Así con el nacimiento de los vuelos de los transbordadores, en los años 80s el gobierno norteamericano se percató de que los beneficios de investigación científica no compensaban los costes, encontrándose

remedio entonces con los clientes de la industria satelital.^[94]

Del mismo modo el fenómeno de la contratación pública de un organismo gubernamental como la NASA, se ha acrecentado, para realizar tareas que antes eran propias de su propio personal, situación que desde luego se acrecienta, con la tendencia actual del gobierno norteamericano de disminuir considerablemente al presupuesto público para dichas actividades^[95]; se modo tal actualmente estimula la iniciativa privada, en un hecho sin precedentes privatizando la tarea de diseñar los nuevos vehículos espaciales que llevarán carga y tripulantes a la ISS^[96].

Y respecto a este fenómeno Rusia no se quedo atrás, ya que resistió la crisis económica al ponerse en la vanguardia en cuanto a la comercialización de su industria espacial; de modo tal entró en un mercado competitivo junto a la ESA^[97] y la NASA, en cuanto al lanzamiento de objetos espaciales.

Ejemplos de este fenómeno son muchos, tal y como el de “Denis Tito quien fue el primer turista espacial; el del ya mencionado y muy

lucrativo negocio de la industria de los satélites de comunicaciones que mueve millones de dólares diarios; el de la sonda NEAR que cuando “viajaba hacia el asteroide Eros (...) hizo una escala en el asteroide Matilde, en junio de 1997 (...) y halló que estaba constituido de carbón. Apenas se supo la noticia, las empresas del sector comenzaron a” pensar “(...) como explotar ese cerrejón flotante.”^[98] Y en este último ejemplo, por el incalculable valor de las riquezas que en uno solo de estos asteroides puede haber contenido, tal como hasta 30 veces más que lo que se puede haber extraído en la Tierra a lo largo de la historia.

Finalmente refuerzo de todo ello y es reflejo de este fenómeno, la posición que manifiesta PIL-CHER^[99], de que el primer viaje tripulado a Marte será realizado por empresas privadas^[100].

Siendo que la “NASA tendrá que desprenderse de su anquilosada burocracia y confiar más en las empresas privadas si quiere que sus astronautas lleguen a Marte en las próximas décadas (...) conclusión” a la que así mismo se llega, en la administración Bush, tras un

informe de una “comisión dedicada a evaluar si los ambiciosos planes de la agencia espacial son realmente factibles(...)”, advirtiendo a la NASA que “para lograrlo, tendrá que adoptar cambios fundamentales en su gobierno y organización (...) dedicarse en exclusiva a la investigación de futuros proyectos y dejar en manos de la industria todo aquello que el sector privado pueda manejar por sí mismo (...) El informe (...) señala incluso las áreas concretas que deberían caer en manos del sector privado cuanto antes, como los proyectos robóticos y, de manera inmediata, el lanzamiento de satélites.”^[101]

2.1.2 El Mercado Espacial.

El mercado espacial se puede conceptualizar por lo tanto, a la luz de toda la doctrina y legislación del derecho espacial que se analizó, como toda esa iniciativa pública o privada con miras a expandir las actividades espaciales a un orbe comercial que reorganiza las posibilidades de la tecnología espacial en el mundo en general. Un mercado que lleva más allá de las fronteras de las potencias espaciales “la era espacial”^[102].

91 Implicaría cambios en los costos de telecomunicaciones, políticas de licitación y asignación de órbitas.
92 Kerrest, Armel (2003, p. 2). (Una traducción propia del francés)
93 Kerrest, Armel (2003, p. 3). (Una traducción propia del francés)
94 Montejo, A. y Ramos, M. (1989, p.347) Así por ejemplo “la colocación de satélites de telecomunicaciones en el espacio, aunque prácticamente hicieran fila de espera para... el itinerario de lanzamiento del transbordador (...) convirtió” la actividad “(...) en vista de las expectativas en gran negocio para los norteamericanos y en un medio de hacer posible sus necesidades para los clientes interesados.” Siendo que “(...) Lo rentable, importante y necesario de establecer satélites de telecomunicaciones y meteorológicos para los países que tenían (...)medios para hacerlo, hizo que se asumiera el sacrificio, de por sí no pequeño, que significaba el pagarle a la NASA la colocación de dichos satélites.”(lo que ésta fuera de las comillas no es del original)
95 De modo que podrían salir de circulación los tradicionales transbordadores que hoy llevan suministros a la ISS, y no será hasta muchos años después aproximadamente como en el año 2015; que otra clase de vehículos de propiedad gubernamental volverán a viajar al espacio; de modo que la industria pública espacial norteamericana dependerá de los servicios de transporte espacial de Europa y Japón.
96 Por las siglas en inglés de la Estación Espacial Internacional.
97 Agencia Espacial Europea.

98 La Torre, Eduardo. Disponible en pág. Web :<http://porelderechoespacial.blogspot.com/>
99 Director del Instituto de Astrobiología de la NASA
100 Blogastronomia (2009) Disponible desde pág. web<<http://www.blogastronomia.com/2009/06/29/>>.
101 Mundinteractivos, S.A. (2004) Disponible en pág. web. <<http://www.elmundo.es/papel/2004/06/16/ciencia/1651289.html>>.
102 Y en mi opinión dándose una verdadera ejecución o cumplimiento de algunos de los principales principios del Derecho Espacial; tales como entre otros la cooperación y asistencia mutua que genera el equiparamiento de las naciones con menos posibilidades de tener acceso al espacio exterior; y si no de manera directa, al menos por ahora de un modo indirecto, con todo lo que la tecnología espacial y sus diversas aplicaciones podrían ofrecerles concretamente a dichas naciones. Un fenómeno de privatización que ha diversificado a tal grado que sus múltiples aplicaciones que no podía reusarse más, a ser compartidas con la humanidad de una u otra forma, y el mercado indudablemente fue y es una de las herramienta más útiles que el mundo pudo tener para ello.

2.1.3. Diversificación de las actividades espaciles.

Además de la muy útil y multimillonaria industria de los satélites^[103] la diversificación de las actividades espaciales va a ser enorme, desde la internet, el turismo espacial hasta la equiparación de tecnología espacial para el ámbito terrestre.

Así el turismo espacial es un nuevo negocio del siglo XXI que se encuentra evolucionando de un modo muy similar a la aviación civil en el siglo anterior, es decir primero implementado por los gobiernos y ministerios de defensa, hasta que la empresa privada lo comercializó abaratando sus costes “para que ocurra esto, en la actualidad se diseñan vehículos que estén capacitados para realizar vuelos espaciales de manera regular.”^[104]

Y análogo a la oportunidad comercial que se está abriendo con el turismo espacial, están la idea de implementar toda una industria de entretenimiento y confort espacial; tal y como

entre otros: hoteles en el espacio^[105], centros comerciales y otras actividades semejantes.

Y finalmente en relación a las aplicaciones terrestres de la tecnología espacial son muchos los ejemplos, así los que tiene que ver con la estructura de la nave; los cuales por su particular características se han usado en sectores como el de la industria aérea civil, la automotriz, la de las bicicletas, la médica con las cerámicas ópticas, etc. Del mismo modo las aplicaciones productos de las condiciones ambientales del espacio que están en intima relación con el desarrollo de la industria farmacéutica de investigación a nivel espacial^[106].

La teledetección espacial, es una tecnología a punto de comercializarse al levantarse la prohibición en ese sentido a la privatización de la información geográfica. Entre otras aplicaciones de esta tecnología están la de cartografía Digital y Catastro (que se está implementado en nuestro país)^[107]; para el medio ambiente^[108], en la gestión de Recursos Naturales^[109], para la agricultura, etc.

103 Gómez Hertz, V. (2000, p.66,67) Los satélites artificiales son utilizados entre otros, para estudiar la radiación solar, los rayos cósmicos, la Tierra (tales como la ionosfera, el campo magnético, la presión atmosférica); en el campo de las comunicaciones “de señales de radio, televisión, teléfono, telefax, envío de datos, enlaces(...)el estudio meteorológico (...) para estudiar los fenómenos atmosféricos e intentar su predicción (...) los llamados satélites astronómicos que hacen observaciones del espacio exterior desde su órbita.” Etc.

104 Viajes Espaciales.com (2004). Disponible en pág. Web<<http://www.viajesespaciales.com/vuelosespaciales.html>>.

105 Por ejemplo, ya se han dado diseños arquitectónicos tal y como el del alemán Hans Jurgen Rombaut, miembro de la Academia de Arquitectura de Rotterdam; del cual se tiene vislumbrada su construcción en la Luna y su inauguración para el año 2050.

106 Las ventajas de la“pérdida” parcial o incluso total del peso, la ventaja de la energía solar, ausencia de corrientes conectivas o vibraciones, un ambiente estéril y condiciones de vacío, entre otros puede favorecer la implementación de cristales ultrapuros, la separación de sustancias, la homogenización de compuestos, la obtención de productos farmacéuticos de alta pureza, vidrios y semiconductores, etc.

107 Con la comercialización de la actividad y con su modernización podrán ajustarse mucho más a las necesidades de eliminación de errores y creación de mapas con riqueza de contenido.

108 Al permitirse con sus imágenes hacer un seguimiento de la erosión, deforestación, lluvia ácida, vertidos tóxicos, derrames de crudo, etc.

109 Donde las imágenes de alta resolución son capaces de crear archivos de información realmente fidedigna y precisa; así por ejemplo, sirviendo de provecho para las empresas que dedican al suministro de agua

2.2. El Mercado y el Derecho Espacial en Costa Rica

2.2.1 “El Motor de Plasma” (cohete de magnetoplasma de impulso específico variable o VASIMR): beneficios para Costa Rica.

El motor de plasma como es popularmente conocido en la actualidad es una de las principales razones por las que el Derecho Espacial debe despertar el suficiente interés jurídico en nuestro país.

Un proyecto desarrollado por el Dr. Franklin Chang Díaz^[110], el cual es único en su tipo en comparación con las tecnologías de los cohetes de propulsión química usados hasta hoy, que además de ser más caras, no tienen las características de aceleración de desaceleración de un “motor”.

Uno de sus principales en comparación con otros es su variabilidad, lo cual quiere decir que permite dadas su propiedades aumentar o disminuir el flujo del plasma y la velocidad de la nave espacial; de modo que podría desacelerar o acelerar, de forma similar a un carro, lo cual convierte este cohete en algo más similar a un motor convencional.

Por lo que estaría capacitado además para enfrentar los climas y las irregularidades del ambiente espacial. Pudiéndose permitir entre otros, hacer el viaje a Marte en la mitad del tiempo, los reabastecimientos de estaciones espaciales y satélites más baratos y la recolección de basura espacial de manera económicamente viable^[111].

Y puesto la idea original de la NASA era impulsar la iniciativa privada y no el monopolio estatal, y al dejar de representar un peligro para la seguridad nacional, entonces las tecnologías podían ser compartidas con el mundo de un modo comercial, siendo por lo tanto que se da la posibilidad de que el año 2005 el Dr Chang Díaz se convierta en un empresario privado, constituyéndose Ad Astra Rocket Company.

Empresa con base en Houston Estados Unidos y con un 10 porciento radicado en el laboratorio radicado en Liberia, Guanacaste^[112], posicionándonos de un modo insospechadamente importante en “el Mercado Espacial”.

Donde además se dan ventajas jurídico-comerciales para nuestro país, tales como la patentabilidad de inventos que se pudieran dar en nuestro territorio^[113]; que

110 Físico del Instituto Tecnológico de Massachussets, astronauta retirado de la NASA el cual ha estado en siete misiones en el espacio y nacido en Costa Rica en 1950.

111 Liberando posiciones orbitales como las de la órbita geo-estacionaria (altamente lucrativas para la industria de las telecomunicaciones por sus características científicas), para colocar un satélite nuevo en el lugar del que ya no está en funcionamiento. Con la conjunta problemática de que la basura espacial pone en peligro no sólo el negocio de la industria satelital, sino los proyectos de estaciones espaciales entre otras iniciativas en el espacio.

112 El dinero que ha costado el laboratorio procede de inversores visionarios, de los cuales inesperadamente casi el 80% del dinero es de capital costarricense. Las primeras acciones se vendieron en forma privada y tenían en el 2006 un valor de \$1.000, las que para el 2010 tenían un valor de más de \$20.000.

113 Así la invención de “un infusor” fruto de la combinación de Ad Astra Rocket y el Instituto Tecnológico de Costa Rica, como proyecto de graduación de la Escuela de Ingeniería Electromecánica realizado por Josué Solano y Daniel Rozen, que servirá para colar café en el espacio sin que la bebida pierda propiedades y para procesar sustancias que por las condiciones de ingravidez, es capaz de desarrollar propiedades distintas a las que se darían en la tierra, y que podrían ser utilizadas a la hora de buscar curas para ciertas enfermedades, o para la infusión de otro tipo de bebidas o plantas.

eventualmente no estarían regidos por las leyes de propiedad intelectual de Estados Unidos (que son bastantes más fuertes para la materia espacial), de modo que mediante negociaciones desde Costa Rica bien podría comercializarse la tecnología y sus aplicaciones aquí descubiertas.

Siendo una de las principales ventajas la posibilidad de que nuestro Pabellón Nacional llegue a estar ubicado en el espacio exterior, posicionándonos como un verdadero protagonista de la industria espacial, porque los Chang han pensado a Costa Rica desde un socio de la Estación Internacional hasta una potencia tecnológica al incentivarse a las industrias espaciales para que se radiquen en el país, ofreciéndoles un considerable descuento por el uso del motor, al ostentar la bandera nacional; dándose de este modo múltiples incidencias jurídico para lograr que la bandera costarricense esté en sus objetos espaciales; y todo ello a raíz del carácter único del motor de plasma como tecnología de su tipo. Y todo esto dando lugar a un gran cambio a mediano o largo plazo de no sólo de la línea de producción y el tipo de economía nacional, sino de los lineamientos jurídico-espaciales de nuestro país.

De ahí la importancia de la adhesión al Convenio sobre el Registro de objetos

Lanzados al Espacio Ultraterrestre, que será analizado en el siguiente punto.

2.2.2. Derecho Espacial en Costa Rica: Costa Rica como Estado de Registro

Son muchos los esfuerzos para hacer ver a la Asamblea Legislativa de la importancia del derecho espacial en Costa Rica, así por ejemplo en septiembre del 2009, entre otras ponencias del Doctor Chang ante la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativas^[114], manifiesta la importancia de la aprobación del Tratado del Espacio en Costa Rica^[115]

Siendo que finalmente se da la aprobación del primer convenio de Derecho Espacial en Costa Rica del Corpus Iuris Spatialis, el 16 de junio del 2009; aunque si bien no el Tratado del Espacio, si el Convenio sobre el Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre^[116], importante por la necesidad de una base normativa que brinde seguridad jurídica a cualquier industria espacial que pretenda establecerse y operar en el país, y que requiera de la registración de sus objetos espaciales.

Dicho Convenio establece un sistema obligatorio de registro, mediante un sistema de

inscripción en un registro apropiado que se llevará a tal efecto, notificando al Secretario General de las Naciones Unidas la creación de dicho registro; y de haber dos o más Estados de lanzamiento con respecto a cualquier objeto espacial, dichos Estados determinarán conjuntamente cuál de ellos inscribirá el objeto, ello como Estado de registro, según el artículo 2 del convenio. De donde la jurisdicción (nacionalidad y propiedad, entre otros para efectos de responsabilidad internacional espacial) se configurará automáticamente con este registro.

De modo que Estado de registro se identificará con el término Estado de lanzamiento, el cual se define “como al Estado: a) que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial; b) desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial”.^[117] De donde se concluye la posibilidad de Costa Rica, de aparecer como Estado de registro o de lanzamiento, a raíz por ejemplo, de la promoción del lanzamiento por la participación de sus nacionales (empresas con proyectos espaciales) en la creación de objetos y/o la registración de los mismos en el registro nacional creado al efecto.^[118]

2.2.3. Entidades Estatales y No-gubernamentales que promueven el mercado espacial

Hay entidades estatales y no gubernamentales que se encuentran encargadas en promover la tecnología e industria espacial en nuestro país.

Así entre otros, en el plan de desarrollo 2011-2014, se evidencia del establecimiento y encargo de políticas públicas relacionadas con el desarrollo aeroespacial a distintos organismos^[119]; así al MICIT^[120] y el CONICIT^[121] se le han dotado de fondos y de la responsabilidad de estimular, el primero, políticas de estímulo a la innovación, y el segundo, el fomento a la investigación. También otros responsables de implementación de políticas de desarrollo y de apoyo a iniciativas gubernamentales del sector tecnológico son el CONIDA^[122] y el MREC. Del mismo modo, otros entes han sido establecido lazos estratégicos con la industria aeroespacial, así por ejemplo, el MEP, el INA, el sistema bancario nacional, el ICE y ACAE^[123].

114 En audiencia sentada mediante acta de sesión ordinaria N°17.
115 Ya que en una reunión con el administrador de la NASA, Michael Griffin, le presenta la idea y le dice: “¿Qué le parece, dada la contribución del país en el módulo espacial que llevará a cabo las pruebas del “motor de plasma” en la Estación Espacial, si Costa Rica pudiera incorporarse como uno de los miembros de ese grupo de naciones?” Él dice: “Si Costa Rica lo propone, yo lo impulso”. Costa Rica, tendría que postularse formalmente. Con esa respuesta, fue a conversar con el Senador Bill Nelson, Senador y Presidente del Comité del Espacio, del Senado Norteamericano. Le pareció una idea brillante, le pareció una forma muy buena para poder compartir más equitativamente las actividades científicas de los países ricos con los países en vías de desarrollo.” Además porque parte de la estructura que va a llevar “el motor de plasma” a la estación será diseñada y construida por ingenieros y científicos costarricenses en Costa Rica. Con esa contribución podría constituirse como uno de los miembros del gremio de naciones que constituyen la Estación Espacial Internacional. Siendo que aprobado el tratado del espacio ya tenemos la infraestructura lista para empezar a formular estas propuestas de incorporarnos como país en la Estación Espacial Internacional.
116 Mediante aprobación legislativa del Proyecto n° 17404 del 16/06/2009, hecho en Nueva York, el 14 de enero de 1975.

117 Lachs Manfred (1977, p.99)
118 Donde en el Convenio de Registro de Objetos de 1975, se establece la obligación de registrar todos los objetos indistintamente; y en el que se mantiene la falencia de la no obligatoriedad de la marcación; una herramienta útil que contribuye con la problemática de la identificación y ello en relación con la responsabilidad por un daño provocado por el objeto dejado de marcar. Así también en el art. 8 del Tratado del Espacio, en armonía con el 6, establece que el Estado “en cuyo registro” figure el objeto lanzado al espacio retendrá la jurisdicción y control sobre el objeto y el personal que vaya en él.
119 Johanning Pérez, Adolfo (2011, UELP)
120 Ministerio de Ciencia y Tecnología.
121 Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.
122 Consejo Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial.
123 Asociación Centroamericana de Aeronáutica y Espacio.

De modo que existe ya una muy floreciente industria privada aeroespacial, donde son muchos los actores que participa en diversos esfuerzos de promoción y fortalecimiento realizados, entre otros por PROCOMER, así por ejemplo en la organización de congresos y conferencias.

2.2.4. *Propuestas normativas y consideraciones jurídicas*

De acuerdo con LACHS en un comienzo, si bien las naciones expresaron su interés en el establecimiento de un régimen jurídico para la exploración en el espacio, dado que los beneficios económicos no se percibían, parecían dispuestos a dejar el asunto en manos de las superpotencias. “Sólo con el desarrollo de las aplicaciones espaciales a la vida civil sobre la Tierra, y con el apaciguamiento de la Guerra Fría, una gran cantidad de Estados han comenzado a darse cuenta que la diplomacia espacial afecta directamente sus intereses”^[124], y que los actores (del ámbito espacial) están aumentando.

Así con la diversificación de la actividades espaciales y con el creciente fenómeno

de la privatización y comercialización de las actividades espaciales, se están vislumbrando dificultades jurídicas a nivel internacional; así por ejemplo, entre otras, como efecto del artículo 2 del Tratado del Espacio (que declara al espacio exterior patrimonio común de la humanidad, no susceptible de apropiación) y del 4 (que prohíbe la militarización del espacio, reservándose sólo para actividades pacíficas), se pide su reforma, uno para privatizar recursos naturales en el espacio^[125] “y el otro para construir instalaciones militares espaciales.”^[126]

Por lo que el replanteamiento de algunos de los principios más básicos se ha hecho evidente; no sugiriéndose con ello, que deberían ser transformados del todo; quizás conservándose su esencia más pura, traducida como un “Derecho Espacial” en beneficio y protección de la humanidad; pero si, sufriendo un replanteamiento en cuanto a su flexibilización; y de este modo convirtiéndose la empresa espacial, en una de dimensiones verdaderamente universales, tal como el mismo principio de Universalidad lo predica.

Y concretamente en nuestro país deberían darse un ineludible e imperioso desarrollo de leyes que van a permitir que un país como Costa Rica, por dar un ejemplo, pueda aprovechar al máximo para sí y sus ciudadanos, el Mercado Espacial.

Regulaciones tales como: El traspaso de una eventual responsabilidad por parte del estado de registro o lanzante, a la entidad privada que realiza la actividad espacial de la cual se beneficia; normas apropiadas para repartir la responsabilidad por daños^[127], y en su caso, obligar a los actuantes a acreditar su capacidad de actuar en el espacio y a cubrir sus riesgos mediante la contratación de seguros suficientes; sin olvidar la posibilidad de que el Estado sea reembolsado cuando haya tenido que indemnizar a terceros. Además de la implementación de la obligación de inscribir o notificar cada cambio de jurisdicción y propiedad del objeto por parte del estado de registro (dado que el convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre no lo regula)^[128].

También reglas que den certidumbre acerca de la obtención de los derechos

de explotación por parte de las entidades inversionistas ante un contingente incumplimiento de los concesionarios (o beneficiarios de una licencia gubernamental) de derechos espaciales^[129]. Asimismo, establecer un sistema de licencias para admitir las actividades espaciales de entes no gubernamentales y la inspección por las autoridades gubernamentales de esas actividades^[130]. Es decir, el cumplimiento de los requisitos técnicos y económicos tales como una cantidad determinada de financiación y la obtención de un seguro adecuado.

Y esto porque bien, podría diagnosticarse, que al darse la privatización, casi general de las actividades en el espacio; surgirán y ya lo han hecho, nuevas problemáticas y situaciones jurídicas que necesitan solución; tales como: la delimitación zonal (y por lo tanto de la jurisdicción y la competencia); la identificación y registro de los objetos espaciales (y por lo tanto del Estado de registro o Autoridad de Lanzamiento y nacionalidad de los objetos); el régimen de responsabilidad por daños, tanto a nivel interno, como internacional (con la

124 Salas, A. (1999, p. 30)

125 Ya que el principio de Universalidad del Derecho Espacial lo prohíbe, permitiéndolo únicamente en principio para financiar las actividades de índole científico, y esto en mi opinión en términos similares, al contrasentido económico, de una hipotética imposición a las grandes compañías pesqueras de limitaciones en ese sentido por parte del Derecho Marítimo. De ahí que cuestionamientos por la viabilidad legal de extraer metales de los cuerpos celestes haya cobrado relevancia (donde en tesis de principio, según el régimen jurídico espacial si son susceptibles de apropiación los asteroides menores y los meteoritos). Pero no obstante, posicionándonos siempre en el pensamiento de que es adecuado el instituto plasmado en este principio, en cuanto la conveniencia de que los beneficios siempre se deberían ver, en algún grado y de algún modo transferidos al resto de la humanidad, y esto ya sea con la implementación de algún canon o impuesto de carácter universal a las empresas que llegaran a tener la posibilidad de dicha explotación, y en ese tanto no desincentivándose jurídicamente la iniciativa privada y comercialización en este ámbito. En relación con este tema la misma ONU, ha afirmado que la solución a estas disyuntivas debe procurarse de forma creativa y flexible; siendo que la posibilidad de explotación y apropiación de dichos recursos tendría que continuar siendo reexaminada dentro del Derecho Internacional.

126 La Torre, Eduardo. Introducción al Derecho Espacial. Monografía [en línea]. Obtenido el 4 de octubre de 2009, desde dirección: <http://porelderechoespacial.blogspot.com/>

127 Y esto porque el Derecho Espacial actual, permite que la responsabilidad por daños del Estado de lanzamiento, no esté prevista de forma directa hacia las entidades privadas o entidades no gubernamentales nacionales y/o entidades pertenecientes a Estados terceros que incurren en responsabilidad.

128 Es importante la posibilidad de hacer obligatorio por parte de los Estados de registrar las continuas transmisiones del título de propiedad que del objeto espacial pudieran verificarse a lo largo de su vida, de forma que un Estado de registro que haya perdido jurisdicción y control sobre el objeto debido a la ejecución de una transacción comercial no siga siendo “responsable” del mismo.

129 Un reciente desarrollo es la preparación por UNIDROIT (organización internacional intergubernamental) de un Protocolo adicional a la Convención firmada en El Cabo a finales de 2001 relativa a las Garantías Internacionales sobre Equipo Móvil. Donde la idea básica es la de que los derechos de los inversionistas (que financian la construcción de equipos móviles material ferroviario, material aeronáutico y objetos espaciales) sean protegidos mediante la transferencia de los derechos de los propietarios y explotadores de los objetos cuando estos no puedan hacer frente a sus obligaciones y que esa transferencia pueda tener lugar incluso en virtud de una decisión judicial dictada en un tercer país, ajeno al nacional de los inversionistas y al de los propietarios del objeto.

130 Bajo el término “Estado de Lanzamiento” (según el Tratado del Espacio, el Tratado del Registro, el Tratado de Responsabilidad por Daños y Resolución sobre la aplicación del concepto de Estado de lanzamiento) los Estados deben además de asumir la responsabilidad directa en primera instancia, por los daños que se causen, reglamentar la vigilancia y control de las actividades espaciales realizadas desde su territorio.

aprobación del convenio) a ese respecto^[131], entre otros.

Legislación interna que atienda supuestos tales como, entre otros: un incumplimiento contractual de transferencia comercial de un satélite, una concesión pública a un contratista privado para realizar operaciones satelitales espaciales en una posición espacial gubernamental, un arriendo o subarriendo de una posición órbita, ventas de servicios como por ejemplo de transporte espacial (“el motor de plasma”), etc.; posibilidades todas a las que Costa Rica ésta positivamente por enfrentarse.

De ahí que a modo de propuesta normativa, dada la enorme problemática de la “basura espacial” y al escaso esfuerzo normativo “ambiental” a nivelespacial, y todo ello sumado a los lazos estratégicos que nos unen con un proyecto con las dimensiones del “motor de plasma” (único en su tipo), bien se podría desde un país como el nuestro impulsar una iniciativa legislativa quizás primero a nivel interno, y porque no posteriormente a modo de guía a un nivel internacional (o

viceversa) que combinen la temática de la responsabilidad y la incentivación estatal de las actividades espaciales, y todo esto en un ámbito “ambientalista espacial”, y ello a través de la propuesta de lo que llamo: “Un modelo inicial de un sistema de incentivación estatal (puede ser fiscal)de responsabilidad medio-ambiental espacial”^[132]

Así mismo, del mismo modo recomiendo se haga una investigación de derecho comparado de las normativas internas de las distintas naciones en las cuales ya hay un derecho en esta dirección, de modo que sirva de fundamento jurídico y legislativo a la necesaria implementación, de un efectivo derecho espacial interno. Así como un analices técnico sobre la implementación de un registro interno en nuestro país, específicamente de objetos espaciales.

Y finalmente, la vez, que resultaría interesante realizar un examen de la viabilidad jurídica del reclamo por parte de nuestro país en una de las valiosas posiciones de la orbita geo-estacionaria^[133], no sólo porque es un recurso limitado y que su completo acaparamiento

podría estar muy próximo, sino también porque según el principio del derecho espacial de igualdad y universalidad, nuestro país tendría todo el derecho de hacerlo.

Conclusiones

Sin duda, el tema es amplio, y ello en cierta forma similar, al ámbito destinado a normar el Derecho Espacial.

Conteniendo un carácter inminentemente fragmentario, de ahí que se debe reconocer, que el asunto queda inacabado, dando pie, a muchísimos más artículos sobre la materia.

Pudiéndose inferir de lo analizado, que a esta iniciativa jurídico-normativa (tanto desde una perspectiva nacional, como internacional, pública como privada) aún le falta mucho por abarcar en un contexto del tan vigente“Mercado Espacial”.

Situación que se agrava al considerar, que en Costa Rica, a pesar que existen ya entes encargados de impulsar la industria espacial, sólo se han aprobado uno de los tratados del Corpus Iuris Spatialis. Vislumbrándose por lo tanto la necesidad de implementar normas “internas espaciales” y de aprobar urgentemente a nivel internacional por lo menos: el Tratado del Espacio, el Tratado de Responsabilidad y el Tratado de la Luna.^[134] Y todo ello para permitirse, que un país como Costa Rica, pueda aprovechar al máximo para sí y sus ciudadanos, el Mercado Espacial, en un contexto internacionalmente tan relevante, como el del “motor de plasma”.

Bibliografía

Kerrest A., (2003) Le droit de l’espace et la privatisation des activités spatiales : journées d’études, [Brest, Université de Bretagne occidentale, 2002] --[organisées par la] Société française pour le droit international ; sous la direction d’Armel Kerrest, , A. Pedone, Paris.

Montejo, A. y Ramos, M. (1989). Derecho del Espacio Exterior: Posibilidades Concretas para Costa Rica. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Lachs Manfred (1977). El Derecho del Espacio Ultraterrestre. Fondo De Cultura Económica. Ediciones F. C. E. España, S. A., México.

Seara Vázquez Modesto (1961). Introducción al Derecho Internacional Cósmico. Dirección general de publicaciones, Primera edición, México.

Gómez Hertz, V (2000). Comentarios sobre la Órbita Geo-estacionaria, Telecomunicaciones y Recursos Naturales. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Ih-Ming Wang (1965). La delimitación de la Soberanía Vertical. Sección de derecho aeronáutico y del espacio del instituto “Francisco de Vitoria”, Medinaceli, 4-Madrid, Tesis doctoral presentada en la facultad de derecho de la universidad de Madrid.

131 Y esto por la posibilidad de que un reclamante de responsabilidad espacial internacional, optara por recurrir a la legislación interna de un Estado en particular, y no directamente contra el Estado a lo interno de la ONU apoyado por el Convenio de Responsabilidad; donde deberá enfrentarse entonces, ante la posibilidad de que no haya un régimen específico de reclamación de responsabilidad espacial dentro de dicho Estado, y en ese tanto, por consiguiente, no restándole entonces mas, que estudiar la viabilidad jurídica de recurrir a otras vías internas, ya sean, contenciosa-administrativas en contra del aparato estatal, o civil-comercial, directamente en contra del ente privado (nacional de ese Estado) que originó el daño.

132 Y ello no sólo tomando como base los institutos jurídico-normativos implementado a nivel terrestre de otras ramas del derecho distintas del derecho espacial, sino también tomando como base el Tratado de Responsabilidad, para establecer una la legislación más de responsabilidad de tipo “ambiental”, así como sería la obligación de limpiar los desechos espaciales propios (en un primer término identificables); y esto porque en la actualidad la responsabilidad objetiva vigente, no cubre por ejemplo el daño causado, entre dos Estados que tienen objetos espaciales que eventualmente sufran una colisión (posibilidad que en la actualidad es más grande, potenciando más la problemática de la basura espacial, puesto que los objetos se fraccionan en muchos más fruto de dicha colisión), y ello, puesto que los dos Estados la asumen puesto que asumen el riesgo que implican las actividades que ellos decidieron realizar en ese ámbito. Si constituyéndose responsabilidad cuando se le provoca el daño a un tercero que no realiza la actividad.

133 Para posterior eventualmente arrendarla a un tercero interesado (privado o estatal) apareciendo como sujeto en una contratación espacial, y/o aprovecharse directamente de ella.

134 Ya que al no haberse aprobado ni el más básico derecho espacial, podría perfectamente estarse dejando en desprotección a uno de los nacionales en alguna situación jurídica de índole espacial, tal y por ejemplo la generación de un daño, generándose inseguridad jurídica.

Cocca Aldo Armando (1970).Derecho Espacial Para La Gran Audiencia. Asociación Argentina de Ciencias Aeroespaciales, Buenos Aires.

Salas, A. (1999). La Soberanía en el Derecho Extra-Atmosférico. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

De Fuentes, Alejandro (1990).Régimen Jurídico y transporte en el Espacio Ultraterrestre. Instituto Iberoamericano del Espacio y de la Aviación, Montevideo.

Cocca, Aldo Armando (1986).Mantenimiento de la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos. Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, Córdoba.

Loria, R. (1995). Los países en Vías de Desarrollo ante la Era Espacial. Aspectos Jurídicos: el Caso de Costa Rica. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Ronald Chang Díaz. El mercado espacial, Universidad y Sociedad, Universidad Estatal a Distancia.

Jornada.unam.mx(1996).<<http://www.jornada.unam.mx/2005/04/01/a03n1cie.php>>. Mundinteractivos, S.A. (2004).<<http://www.elmundo.es/papel/2004/06/16/ciencia/1651289.html>>

Blogastronomia (2009). <<http://www.blogastronomia.com/2009/06/29/>>. [Consulta: 22 enero. 2010].

www.e-consulta.com (2002). <http://www.e-consulta.com/oaxaca/index.php?option=com_content&task=view&id=8192&Itemid=27>.

INSA. (2001). < <http://www.insa.org/node/607>>. [Consulta: 4 octubre. 2009]

José Manuel Lacleta Muñoz (2005,08 de abril). El Derecho en el espacio ultraterrestre. Documento de Trabajo [en línea], desde dirección:<http://74.125.47.132/search?q=cache:zr1FgScHWY8J:www.realinstitutoelcano.org/documentos/187/Lacleta%2520pdf.pdf+derecho+espacial+y+la+empresa+privada&cd=36&hl=es&ct=clnk&gl=cr>

La Torre, Eduardo. Introducción al Derecho Espacial. Monografía [en línea]. Desde dirección: <http://porelderechoespacial.blogspot.com/>

Viajes Espaciales.com (2004). <<http://www.viajesespaciales.com/vuelosespaciales.html>>. [Consulta: 22 enero. 2010]