

# **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ISSN: 2215-2377**

## **REVISTA JUDICIAL N° 110**

**Diciembre 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

<b>Presentación</b>	
Dr. Víctor Pérez Vargas .....	5
<b>Una idea-fuerza inicial</b>	
Lic. José Miguel Alfaro Rodríguez (q.d.D.g.) .....	9
<b>Eventos decisivos en la integración centroamericana, 1960-1980</b>	
Ing. Rodolfo Silva Vargas .....	19
<b>El principio de Laicidad Estatal y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español: una aproximación desde el Derecho Comparado</b>	
Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano .....	27
<b>¿Una nueva concepción del principio “Iura novit Curia”? Comentario de la sentencia número 200-F-S1-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia</b>	
M.Sc. Yuri López Casal .....	57
<b>La derogación tácita del artículo 871 del Código Civil, según la interpretación judicial predominante</b>	
Prof. Lic. Carlos Manuel Estrada Navas.....	65
<b>El régimen de zonas francas como conducta administrativa de fomento</b>	
Lic. Alex Rojas Ortega .....	85
<b>Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	
Licda. Diana Montero	
Lic. Alonso Salazar .....	101
<b>Responsabilidad en el contrato de transporte aéreo internacional</b>	
Lic. Ronald Monge Zúñiga.....	129
<b>Consideraciones sobre la figura del comiso en el Derecho Penal y Procesal Penal costarricense</b>	
Lic. José Luis Campos .....	155
<b>La Fundación o Waqf en el Derecho Islámico</b>	
Lic. Carlos German Pantoja Murillo.....	175

**Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental**

M.Sc. Mario Peña Chacón..... 191

**Marco jurídico y acciones establecidas en Costa Rica tendientes a la lucha contra la corrupción en la función pública**

MPA. Jennifer Isabel Arroyo Chacón.....211

**Parcialidad en arbitrajes internacionales cuando una de las partes pertenece a países en desarrollo**

Lic. Miguel Ruiz Herrera.....237

## PRESENTACIÓN

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

En esta ocasión, presentamos colaboraciones sobre Teoría del Estado, Derecho Comunitario Centroamericano, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Responsabilidad Civil, Arbitrajes Internacionales, Derecho Administrativo de Fomento, Derechos Humanos, Derecho del Transporte Aéreo, Derecho Islámico, Derecho Ambiental, Derecho Penal y lucha contra la corrupción.

Del Ex Vicepresidente de la República y muy apreciado profesor universitario, **Lic. José Miguel Alfaro Rodríguez**, recientemente fallecido, publicamos **“Una idea-fuerza inicial”**. Estas fueron sus palabras al recibir el premio Alfonso Carro Zúñiga, que le fue otorgado por la Cátedra de Teoría del Estado de la Universidad de Costa Rica y por el Instituto Centroamericano de Gobernabilidad (ICG), el 12 de junio de 2013. En expresión de su familia: “su última lección de Teoría del Estado”; se trata de una rica exposición sobre el desarrollo de la Teoría del Estado moderno y el paso hacia diversos mecanismos de cooperación y asociación entre Estados y hacia la atribución de competencias soberanas, para que la comunidad las lleve adelante y para ejercerlas en conjunto. El Profesor Alfaro nos ofrece un panorama histórico de Centroamérica, con sus tendencias (unitaria y separatista), hasta llegar al momento, en 1964, cuando la República de Costa Rica, por medio de su representante en el Consejo Ejecutivo, solicitó autorización para establecer un impuesto diferenciado de consumo a los

cerillos (en las mismas condiciones de la autorización dada a los gobiernos de Honduras y Nicaragua), momento en que Costa Rica reconoce, en la práctica, que hay competencias supranacionales del ordenamiento comunitario y, pasando por la época del CSUCA, del INCAP y de la ODECA, hasta llegar, propiamente, al Sistema de Integración Centroamericano en constante transformación.

**“Eventos decisivos en la integración centroamericana, 1960-1980”**, se titula la contribución del **Ing. Rodolfo Silva Vargas** (Ex Ministro de Obras públicas y Transportes, Ex Embajador ante Estados Unidos y la O.E.A., Vicepresidente Ejecutivo del BCIE en Tegucigalpa -años 60 y 70-, Director Ejecutivo por los países centroamericanos en el Banco Interamericano de Desarrollo, BID en Washington en 1970 y representante de ese organismo en Europa, con sede en París en 1980, condecorado por la SIECA con la Medalla de Centroamericano Distinguido, quien, entre muchos logros, materializó la conversión de la zona protectora en Parque Nacional, el Braulio Carrillo, en 1978, posiblemente el único parque nacional en el mundo a solo 10 minutos de la ciudad capital). Esta fue su exposición al recibir el premio Alfonso Carro Zúñiga, en forma conjunta con el Lic. Alfaro Rodríguez. Las palabras del Ingeniero Silva Vargas constituyen una verdadera lección de Teoría del Estado viviente y de Historia de Derecho Comunitario, narrada por uno de sus protagonistas más activos e ilustres.

**“El principio de Laicidad Estatal y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español: una aproximación desde el Derecho Comparado”** es el aporte del **Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano**, Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El autor examina el principio de laicidad y desarrolla el modo en que ha sido contextualizado por el constitucionalismo francés, el norteamericano, el alemán y el italiano, para luego valorar la manera en que ha sido implementado en el ordenamiento jurídico español. El Dr. Orozco Solano considera que la admisión de valores, que supone la proclamación constitucional del principio de laicidad, no puede ser efectiva, si no es implementada en la sociedad mediante políticas que tiendan a fomentar la tolerancia de los individuos y el respeto hacia el pluralismo religioso, indispensable para asegurar a toda persona el pleno goce de la libertad religiosa.

El **M.Sc.** en Derecho Civil por la Universidad de Heidelberg, **Yuri López Casal**, nos brinda **“¿Una nueva concepción del principio “lura novit Curia”? Comentario de la sentencia número 200-F-S1-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia”**. Nos comenta que antes de la sentencia número 200-F-S1-2012 de las 9:40 horas del 16 de febrero de 2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Primera de Casación mantenía lo que se puede denominar una posición tajante y rígida, de acuerdo con la cual el Juez puede dictar su sentencia con base en un fundamento jurídico distinto del que hubieran invocado las partes del proceso y esa posibilidad legal no configuraba el vicio de la incongruencia (al respecto se puede consultar la sentencia

número 82-F de las 14:15 horas del 22 de febrero de 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). De conformidad con este criterio, el Juez, con base en el principio “lura novit Curia”, tiene a su disposición todo el Ordenamiento Jurídico para darle solución al caso sometido a su conocimiento y decisión jurisdiccional, independientemente de si el fundamento jurídico de su sentencia coincide o no con el que invocaron las partes procesales, pues la congruencia se cumple a cabalidad en la medida en que el Juez respete los hechos de la demanda, la contestación de esos hechos, por parte del demandado, las pretensiones materiales deducidas y las excepciones planteadas por el sujeto pasivo de la demanda. No es, de acuerdo con esta posición, motivo de incongruencia de la sentencia, el hecho de que el Juez emita su veredicto con base en un fundamento jurídico diferente del que hubiesen invocado las partes del proceso. Por el contrario, en la sentencia (que se refiere a la responsabilidad objetiva de la Ley no. 7472) que comenta el M.Sc. López Casal, la Sala Primera matiza esa posición y analiza la aplicación del principio “lura novit Curia” a la luz de otro principio esencial que informa todo el Ordenamiento Procesal costarricense, cual es el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, pues la variación del fundamento jurídico invocado por las partes del proceso para imponer la obligación de pagar daños y perjuicios podría afectar la teoría del caso del demandado y causarle indefensión

El Profesor de la Cátedra de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ex Magistrado Suplente, Lic. Carlos Manuel Estrada Navas participa con “La derogación tácita del artículo 871 del Código Civil, según la interpretación judicial

predominante”. El problema consiste en que algunas Salas de Casación de Costa Rica han entendido que el artículo 871 del Código Civil fue tácitamente derogado por el Código Penal. así aparece en algunos de los códigos de uso frecuente que se publican en nuestro país. El autor cree que tal interpretación es discutible a la luz de los parámetros que se exponen y de los criterios de otras instancias judiciales y administrativas. Para llegar a esa conclusión, analiza el concepto de derogación tácita y revisa las sentencias que llama derogacionistas. En su opinión, el 871 del Código Civil no tienen una existencia autónoma de modo aislado, antes bien, poseen una ubicación y un sentido claramente identificable en el conjunto de la regulación que de la prescripción se hace en dicho cuerpo normativo. Concluye diciendo que una tesis que explicaría el sentido que quiso dar el Legislador al ligar la prescripción civil a la penal, podría ser que lo que se está diciendo es que, como excepción al plazo decenal civil de prescripción (regla general), cuando se trate de responsabilidad civil proveniente de delito, el plazo de prescripción variará dependiendo de cada delito pues, efectivamente, el Legislador en lo penal no dispuso un plazo único de prescripción de delitos sino que cada delito tiene un plazo de prescripción penal dependiente del máximo de la pena. Se asegura así una gradación de plazos, desde cortos o muy cortos para delitos menos graves, hasta plazos mayores para delitos más graves, e incluso puede pensarse en la imprescriptibilidad en los casos de delitos de lesa humanidad. Afirma: “Se nos hace difícil de aceptar la tesis de que una norma general (no especial) posterior como es el Código Penal, pueda haber tenido la virtud (no expresamente querida o, al menos, no expresamente dicha por el Legislador) de derogar tácitamente una

norma excepcional como, en el contexto del análisis expuesto, resulta ser el artículo 871 del Código Civil”. La doctrina que cita permite, de forma igualmente razonablemente, sustentar la idea de que el artículo 871 no está derogado.

Seguidamente, ofrecemos **“El régimen de zonas francas como conducta administrativa de fomento”** del **Lic. Alex Rojas Ortega**, Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica. El autor se refiere a una de las formas de **conducta administrativa de fomento** o promoción, constitucionalmente consagrada, junto a la función administrativa como conducta de policía y de servicio público y nos informa sobre el tratamiento que ha efectuado nuestro Tribunal Constitucional respecto de la conducta administrativa de fomento, es importante hacer referencia a algunos precedentes específicos. Dentro de esta forma de actividad administrativa el autor ubica el régimen de zonas francas regulado en la Ley del Régimen de Zonas Francas, Ley N° 7210 del 23 de noviembre de 1990. El cual conceptualiza diciendo: El régimen de zonas francas es un instrumento de política económica-comercial, creado por el Estado con la aspiración manifiesta de atraer al país la inversión extranjera directa, así como para promover las exportaciones, en aras de lograr un mayor crecimiento de la economía nacional y de acrecentar el nivel de vida de los habitantes de la República. El Lic. Rojas Ortega nos explica que dicho régimen comprende y otorga una serie de estímulos de carácter económico y jurídico a la actividad de los administrados, con la manifiesta aspiración de conducir la conducta de los particulares a través de los cauces requeridos por la Administración pública, de modo que, en el caso concreto, el Estado,

sin emplear la coacción ni prestar en forma directa o indirecta un servicio público, procura la satisfacción de las necesidades colectivas y que, por ende, se encuentran íntimamente relacionadas con el interés general.

**La Licda. Diana Montero y el Lic. Alonso Salazar** participan con “**Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**”. Sostienen que el derecho de defensa, como una garantía procesal, se encuentra íntimamente ligado con la noción de debido proceso, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) artículo 8 como en la Jurisprudencia de la Corte. Este artículo presenta una selección de pronunciamientos relevantes de la Corte por medio de los cuales se han perfilado no solo el contenido del artículo citado, sino además de las nociones básicas que se contemplan como constitutivas de ese derecho de defensa.

Del **Lic. Ronald Monge Zúñiga**, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, publicamos “**Responsabilidad en el contrato de transporte aéreo internacional**”. Después de comentar la trascendencia del transporte aéreo en una economía globalizada y de analizar los caracteres del contrato, nos explica que el “Sistema” surge casi inmediatamente después que los aviones comerciales empezaron a transportar personas; con la aprobación del Convenio de Varsovia en la Segunda Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo, en la ciudad de Varsovia en 1929; y que procuró ser modificado posteriormente mediante el Protocolo de la Haya de 1955, el Protocolo de Guatemala de 1971 y Protocolo de Montreal de 1975. Recientemente, y con el fin de evitar

confusiones al momento de tener que aplicar sus numerales, todos estos textos han sido modernizados y refundidos mediante el Convenio de Montreal de 1999. También nos brinda un recuento de la Jurisprudencia Nacional sobre la Responsabilidad Civil Contractual Del Transportista Aéreo Internacional. Nos indica que el régimen de responsabilidad objetiva del Convenio de Montreal, da pasos que se ajustan a las tendencias más modernas, mediante las cuales se protege a la víctima de soportar injustamente el daño, por el riesgo que se genera con la actividad que es desplegada por la otra parte y que no puede controlar

En “**Consideraciones sobre la figura del comiso en el Derecho Penal y Procesal Penal costarricense**”, el Abogado litigante, **Lic. José Luis Campos**, Director del área de Derecho Penal de la firma Batalla Abogados, Profesor Universidad Autónoma de Centroamérica y Universidad de La Salle, analiza la figura del comiso dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Nos enseña que el comiso presenta una serie de cuestiones no solo susceptibles de revisión teórica, sino de consecuencias prácticas muy importantes. De ahí la necesidad de establecer cuál es su naturaleza jurídica, cuáles son las diferencias con otros institutos que presentan algún grado de similitud, y cómo se encuentra regulado en la legislación nacional. Se refiere a las consecuencias jurídicas del delito diferentes a la pena, por lo que este artículo logra funcionar como guía para todo aquel que quiera profundizar en un aspecto considerado secundario o no primordial del Derecho Penal, por debajo de la teoría del delito y del proceso.

“**La Fundación o Waqf en el Derecho Islámico**” constituye la participación del **Lic.**

**Carlos German Pantoja Murillo**, Abogado por la Universidad de Brasilia. Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Ocupó cargos diplomáticos y consulares en Brasil y en México. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica. El resultado expuesto, permite aproximar al lector no familiarizado con el derecho islámico al *Waqf* y, junto con él, a un conjunto de conceptos y procesos históricos que lo contextualizan y ayudan a otorgarle el perfil alcanzado a través de más de un milenio de evolución. Nos indica que el *Waqf* nos presenta una mezcla de institutos jurídicos. Comienza por constituir una especie de donación, lo que implica una renuncia sobre la titularidad del bien por parte del propietario, que deriva en un usufructo a favor de personas o de instituciones, generalmente bajo la administración de un ejecutor de la voluntad de quien instituyó, no directamente de los beneficiarios. En el derecho inglés se le considera más próximo del concepto de fideicomiso. En todo caso debemos recordar que tratándose de una institución que cuenta con perfiles propios dentro de su sistema jurídico, las comparaciones o asimilaciones tienen cierto grado de vaguedad ya que resulta imposible hacer un encuadramiento exacto de una tradición cultural a otra.

“**Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental**” es la nueva colaboración del **M.Sc. Mario Peña Chacón**, Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de

Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Se refiere inicialmente, a la figura jurídica del daño social fue incorporada al ordenamiento jurídico costarricense a partir de la promulgación del Código Procesal Penal. La concepción amplia de daño social a la cual a la cual el autor se adhiere incluye afectaciones tanto a bienes patrimoniales como no patrimoniales bajo la premisa que la reparación debe ser integral al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, máxime tratándose de bienes ambientales, y por tanto de daño social-ambiental. Al referirse a los daños punitivos (que no encuentran respaldo normativo ni jurisprudencial en el sistema jurídico costarricense, siendo más bien proscritos por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia) comenta que su función sería prevenir el daño, castigando, de manera ejemplar, a quien haya cometido con un actuar descuidado, negligente o malicioso, un perjuicio socialmente relevante, que afecte el patrimonio ambiental.

Es un honor contar que la colaboración de la **M.P.A. Jennifer Isabel Arroyo Chacón**, con su trabajo “**Marco jurídico y acciones establecidas en Costa Rica tendientes a la lucha contra la corrupción en la función pública**”. La autora es Abogada, Contadora Privada Incorporada, Contadora Pública Autorizada (auditora), y Administradora Pública. Está incorporada al Colegio de Abogados, Colegio de Contadores Privados de Costa Rica y Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, Certificada en

Normas Internacionales de Auditoría (NIAS). Posee una Maestría en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica y un *Diplôme d' supérieures spécialisées en Administration Publique* de la Universidad de Quebec, Canadá. Es Integrante de la Red de Expertos Iberoamericanos del CEDDET y ha fungido como profesora de diversos cursos en universidades públicas y privadas. Ha publicado más de una decena de artículos de diversos tópicos vinculados al Derecho, la Administración Pública y la Auditoría. Sus aportes han aparecido en prestigiosas revistas especializadas de Costa Rica, España y Brasil. En su opinión, los países están obligados a actualizar su marco normativo, tarea que ha iniciado la República de Costa Rica. El objetivo de su documento es exponer los cambios que a nivel de aprobación de convenios internacionales,

aprobación de leyes y reformas a las leyes existentes, ha realizado este país para adaptar su marco jurídico a las exigencias para la lucha contra la corrupción.

En **“Parcialidad en arbitrajes internacionales cuando una de las partes pertenece a países en desarrollo”**, el **Lic. Miguel Ruiz Herrera** intenta contribuir con algunos consejos prácticos para que el arbitraje sea más equitativo y contribuya a solucionar los problemas en un medio internacional cada vez más difícil. Entre otros aspectos se refiere a la imposición por parte de empresas extranjeras de cláusulas que piden la aplicación de legislación internacional y que piden que el arbitraje se celebre en otros países, a pesar de que el contrato deba ejecutarse en Costa Rica. Los contratos de representación de productos fabricados en el extranjero son el ejemplo más común.

## UNA IDEA-FUERZA INICIAL<sup>1</sup>

**Lic. José Miguel Alfaro Rodríguez**

Cuando me llamó Jaime (el Profesor Jaime Ordóñez) y me habló de este galardón me produjo una gran alegría y me generó una serie de inquietudes. Tomé una decisión, que ojalá compartan ustedes y es que, tal vez la mejor manera de agradecer este homenaje, era planteando, sobretudo a los estudiantes de todas las edades, algunos puntos que, aunque no son desconocidos para ustedes, ubican probablemente, la enorme importancia de que hoy estemos aquí con un reconocimiento que hace la cátedra de Teoría del Estado, a quienes de alguna manera, incluyo a Rodolfo Silva, hemos puesto un granito de arena en el camino.

No voy a desarrollar los puntos, pero sí voy a plantearlos. Quiero también decir que es un gran gusto estar aquí con amigos tan queridos y tan diversos que nos hacen el enorme honor de acompañarnos esta noche. Ciertamente no puedo dejar de mencionar lo que significa este galardón que tiene el nombre de quien creo (Rodolfo Cerdas y yo) fuimos alumnos de la primera generación de Teoría del Estado que Alfonso dio. Ahí recibimos de él una serie de inquietudes que en cierta manera sacudían la posición de la Escuela de Derecho muy orientada a lo que es derecho privado. Además Alfonso y yo, a través de la vida, hemos tenido una relación muy intensa de afecto y de cariño. Pero también Rodrigo Madrigal Montealegre, ese intelectual, ese pensador, ese formador

de mentes. Yo lo conocí cuando estaba veraneando en primer año de colegio en Santa Ana en la casa de la familia Rivera, y nosotros nos sentábamos a oír sus disertaciones. Ni se diga, la relación con Rodolfo Cerdas, de esas polémicas nació una amistad muy profunda y un respeto mutuo que perdura hasta el día de hoy, de gratísima memoria. Pero, como el alfabeto es el alfabeto, Alfaro-Cerdas no solo fuimos compañeros de clase, sino de pupitre los seis años. Curiosamente esas polémicas del recreo eran coloquios muy intensos con concentración en la materia, pero también, de compartir ideales muy profundos, ambos.

Eso me lleva a mi relación con Rodolfo Silva. Es que no solo hemos sido compañeros, hemos sido compinches que, incluso llevaron en momentos muy críticos en que la región era un volcán en esos años 78-82, a tener una serie de oportunidades, cada uno desde su responsabilidad, de poner un granito de arena para que las cosas se pudieran ir resolviendo. Eso nos lleva, tal vez, al más grande agradecimiento que tengo esta noche con la cátedra de Teoría del Estado y es, que para mí es un hito que la cátedra de Teoría del Estado que, casi por inercia se centra en lo que está pasando aquí, decida volver a ver hacia Centroamérica y reconocer cosas que ya no se hicieron dentro de la Cátedra de Teoría del Estado pero que sin embargo, están ahí.

<sup>1</sup> Intervención del Lic. José Miguel Alfaro Rodríguez q.d.d.g. Entrega de galardón Alfonso Carro Zúñiga. Cátedra Teoría del Estado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, Junio 2013

Entonces, con el permiso de ustedes, empecemos (me perdonan mis colegas si digo alguna herejía). La Teoría del Estado moderno tiene una definición muy particular: “El estado es un poder absoluto que se ejerce con una exclusión de otros poderes sobre un territorio sobre una población que le está sometida”. Así empezó. Ahora, ¿qué fue lo que ocurrió con el tiempo? Cuando eso pasa y empiezan los estados modernos, casi que la relación entre estados era hacer la guerra o hacer la paz. Pero el tiempo avanza y el mundo de alguna manera se civiliza. Los valores empiezan a subir, camino ascendente de la humanidad, con altos y bajos a través de la historia, incluso con el hito que marca el advenimiento del cristianismo que empieza a decir, como dijo Cantinflas en una de sus películas: “entendieron mal, no es armaos los unos contra los otros, es amaos los unos a los otros”. Pero eso ha tardado mucho la humanidad en tratar entenderlo.

Sin embargo, ya para fines del siglo XIX y principios del XX, los estados se dan cuenta que solos no pueden alcanzar sus propósitos y que necesitan colaborar. Entonces empiezan mecanismos muy interesantes de cooperación en campos que no tienen nada que ver con la guerra, sino que hay que administrar a nivel internacional, que hay que hacer exploraciones conjuntas en materia científica. Rápidamente esos esquemas de cooperación, sobretodo (perdonen que vaya a brincos y a saltos pero es necesario condensar el tema) después de la Segunda Guerra Mundial, varios estados se dan cuenta, tanto en Centroamérica como en Europa, que se necesita ir un poquito más allá.

Ya no basta solo con cooperar, sino que, de alguna manera, tenemos que ser socios, pero como somos socios por ejemplo

en una empresa. ¿Qué quiere decir que somos socios en una empresa? Yo pongo un poco de mi dinero, apporto mi patrimonio, mi colaboración, pero ya yo no lo manejo solo, lo manejamos en conjunto porque eso es lo que permite que la empresa salga. El matrimonio es otro caso, es una relación entre personas donde ambos aportan para formar un hogar, una familia y cada uno cede parte de su libertad, cede parte de sus intereses. Sería raro que si nos ponemos de acuerdo para abrir un restaurante, alguno de los socios se vaya a poner la competencia al otro lado de la acera. No va y los estados se dan cuenta que es necesario montar un mecanismo.

Aparecen entonces los procesos de integración y aquí yo quiero empezar por aclarar algunas cosas: en el caso centroamericano y en el caso europeo el proceso de integración obedece a circunstancias totalmente distintas. ¿Por qué? Porque tenemos historias distintas. Ellos vienen saliendo de tres guerras pavorosas: la franco-prusiana, la Primera y la Segunda Guerra Mundial que suman más de cien millones de muertos. Nosotros, en cambio, estábamos tratando de ver cómo sacábamos adelante a la gente para que Centroamérica elevara el nivel de calidad de vida sin ninguna pretensión de ser potencia mundial, ni cosa que se parezca.

Quiero reivindicar una cosa. Los europeos hacen algo que cuando uno lo estudia es fascinante. Lo primero que hacen es ponerse de acuerdo para administrar las causas de las guerras: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. El carbón y el acero fueron las causas de fondo de las tres guerras, y, previniendo, se ponen de acuerdo para administrar pacíficamente la energía atómica

y después se ponen a hablar de un mercado común.

En el caso centroamericano, nuestro proceso empieza desde antes de la Independencia, porque, de alguna manera había, aunque la corona española no lo quisiera, flujo y contacto. No lo suficiente como para adoptar una nacionalidad como bien lo señala Rodrigo Facio en su Historia Económica de Centroamérica, sino para que se dieran intercambios de diferente tipo.

Pero entonces, Centroamérica tiene en su historia, dos corrientes que coexisten: la unitaria y la separatista. En distintos momentos de la historia, una toma más relieve que la otra. Eso me lleva a mí a decir que somos hermanos y que, como hermanos, nos amamos y nos odiamos. Porque, ¿dónde en el mundo puede subsistir un proceso regional de construcción declarándose la guerra y, cómo, estando la guerra en la guerra, siempre existen nexos y corrientes que permiten los vínculos? Pongámonos a pensar por ejemplo, en Europa, que de camino, si por un problema de un partido de fútbol entre Alemania y Francia se declaran la guerra otra vez. ¿Adónde estarían hoy? Entonces, yo siento que es muy importante que nosotros entendamos que obedece a su idiosincrasia, a su unidad y a su diversidad. El nuestro también es propio de nosotros. Entonces podemos ver que llegamos a la década del cuarenta, después de terminada la Guerra Mundial, a iniciar lo que llamamos hoy el proceso moderno de integración. Yo sé que esto que voy a decir no lo comparten, sobre todo muchos economistas que ven que el proceso centroamericano es un proceso de manejo de bienes y servicios y de inversiones. Pero Centroamérica arranca su proceso de integración con dos

instituciones que marcaron un hito en la historia regional centroamericana: el CSUCA que integra la educación superior donde incluso está Panamá y el INCAP que integra sus esfuerzos para cambiar los esquemas nutricionales.

Aquí hay muchas personas que peinan canas pero hay muchos aquí presentes, de los que no peinan canas, que nunca han visto a una persona con bocio, que nunca han visto en un domingo las cajitas blancas que vienen con los angelitos que van a enterrar. Antes del INCAP, y, por supuesto, antes de que la institucionalidad pública y nuestros servicios de salud empezaran a hacer medicina preventiva y atención primaria, los niños morían como moscas y sus mamás también.

Entonces, Centroamérica empieza a integrarse por la educación superior y la nutrición. Después, en la década del 50 y con un apoyo señero de todo ese equipo, de toda esa pléyade de pensadores de la época, Centroamérica empieza a forjar, por un lado, su proceso de integración económica y, por otro lado (en ese momento no se podía hablar de integración jurídica) de resanar profundas heridas.

Uno de los grandes triunfos de la ODECA, del que se habla muy poco, es que es el foro que permitió que Somoza y Figueres pudieran llegar a un entendimiento para establecer relaciones diplomáticas. Volviendo al plano anecdótico, el primer embajador de Costa Rica en Nicaragua fue mi abuelo Miguel Rodríguez, por una razón muy sencilla. Era un finquero con su finquita allá en la Ceiba de Orotina, pero era el único costarricense de plena confianza de José Figueres que, a su vez, era tío político de Luis Somoza. Eso fue un triunfo de la ODECA. Eso es la ODECA

que tuvo altos y bajos porque la ODECA no podía ser mejor que el ambiente político que vivía la región.

Francisco Orlich logró, mediante un proceso de negociación en el que Costa Rica presentó dieciséis tratados a la Asamblea Legislativa y se los aprobaron en tiempo record en una negociación de los partidos políticos que hizo posible que Costa Rica entrara a la Integración. El clima era un clima muy sui géneris. Francisco Orlich no reconocía los gobiernos de los estados.

Por el lado centroamericano, en la ODECA se gesta el recurso para hacer viable la convivencia pero, por otro lado, crecen las instituciones que van a formar el mercado común y ahí tenemos entonces un proceso que empezó estudiando si había bilaterales y demás, pero llega un momento en que Centroamérica decide integrar sus economías para elevar el nivel y la calidad de vida de su pueblo. Pero se nos olvidó otra parte. Entonces, a finales de los setenta, tenemos una Centroamérica polarizada donde por un lado tenemos un intercambio muy fuerte; pero por otro lado, la pobreza se había enquistado de alguna manera en la región.

Ahora, ¿qué es lo que permite que esos estados trabajen juntos?

En primer lugar, se tienen que poner de acuerdo para tener fines y objetivos comunes que no pueden desarrollar solos. El gran padre del derecho comunitario de Centroamérica y América Latina, el Dr. García Amador, de grata memoria, acuñó un término para que no se resintieran los constitucionalistas que es el ejercicio coincidente de competencias soberanas. Así,

yo en ejercicio de mi soberanía, como estado soberano, pongo parte de mis competencias en común para juntos trabajar. No me están quitando soberanía sino que me la están potenciando. De aquí nacen dos conceptos. Uno es la atribución de competencias soberanas en donde los estados deciden confiar competencias que ninguno tiene, sino que las están creando para que la comunidad las lleve adelante. El otro es transferir las competencias que tenemos para ejercerlas en conjunto. Hasta aquí, esta parte que es la evolución del estado moderno donde, por tratar de ser breve, en la de menos, se quedaron hilos sueltos.

Ahoraveamos Centroamérica. Centroamérica nace a la vida independiente por un acto de los centroamericanos que fue por supuesto por acción diferida. Por problemas de Internet en esos días, no tuvieron más remedio que enviar las noticias de independencia a caballo y por eso duraron tanto rato. Cuando llegaron a Costa Rica, por ejemplo, nuestros abuelos asumen una posición que es impresionante. Deciden convocar a los delegados de los pueblos para que firmen un tratado para construir un país en paz. Eso, para mí, pasa por encima de los nublados del día y de todo lo demás. Porque eso marcó el hito para que nosotros tuviéramos un desarrollo distinto en sus bases pero que es coincidente con los valores de los pueblos de nuestros hermanos centroamericanos que se desangraron por mucho tiempo. Entonces la independencia es el primer gran momento en que los centroamericanos actúan de alguna manera para definir su destino.

El segundo momento está claramente en nuestra guerra de independencia que es la Guerra Nacional que lleva al libertador, Juan Rafael Mora, hoy reconocido como libertador

de las Américas, a frenar el expansionismo territorial norteamericano en un hecho histórico que no tiene parangón. Santa Rosa significó que en catorce minutos Costa Rica se liberó del invasor. Muy pocos países pueden decir esto.

La guerra del 56 es la Guerra Nacional y eso hace que, en ese momento también, Centroamérica asuma su destino.

Me tengo que saltar décadas de historia pero llego a 1907. Centroamérica decide crear la primera corte internacional de justicia con jurisdicción obligatoria en donde las personas podían ir a buscar amparo. Eso se llama Corte Centroamericana pero la conocemos como la Corte de Cartago y, una vez más, Costa Rica toma la delantera y se pone en punto en el desarrollo de una Centroamérica unida en función de valores muy profundos.

Luego, venimos a una etapa moderna, ya hablamos de la etapa del CSUCA, del INCAP y de la ODECA, pero tenemos que hablar de la década sangrienta. La década del ochenta se conoce en América Latina como la década perdida por las caídas de los productos básicos la crecida del petróleo. En ese entonces en América Latina, los gobiernos electos se contaban con los dedos de una mano y tengo que reconocer una verdad histórica. Es Rodrigo Carazo el que en Panamá logra que se apruebe el pacto de San José para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos esté ahí y además se crea el CAPEL en donde entonces Costa Rica lleva asistencia técnica y apoyo a las democracias emergentes del continente para que puedan tener lo más parecido a nuestro sistema democrático. Otra vez Costa Rica pone un hito en la construcción de instituciones de paz en la región.

Posteriormente, ¿cómo salimos de la década sangrienta? Salimos de la década sangrienta en un momento en que, recordarán muchos de ustedes, los periódicos de Honduras tenían la cuenta regresiva para la invasión que se iba hacer a Nicaragua para ahogar al régimen sandinista. Se reúnen los presidentes de Centroamérica. Oscar Arias y sus colegas, impulsan un plan de paz que, para mí, obedece en la respuesta de los estadistas del momento al plebiscito de sangre del pueblo centroamericano porque los centroamericanos, sobretudo en esa década, pusieron su mejor sangre para tener el derecho a vivir en paz. Me atrevería a decir que, en Guatemala por ejemplo, una generación entera de líderes fue asesinada para que no pudiera avanzar la paz. Y, algunos están vivos porque literalmente, por algún motivo Dios no quiso que se murieran.

Ese plebiscito de sangre le da el sustento político al plan de paz que permite el inicio de la democratización. Es hasta 1990 cuando Centroamérica por primera vez en su historia reúne a presidentes civiles constitucionalmente electos al mismo tiempo con la presencia de la mujer centroamericana en la figura insigne de Violeta Barrios de Chamorro que humaniza el proceso de integración. Eso permite que esa generación de presidentes suscriba el 13 de diciembre de 1991 el Protocolo de Tegucigalpa a la carta de la ODECA en la fecha conmemorativa de la suscripción del Tratado de Integración Centroamericano del 13 de diciembre de 1960.

Eso inaugura la época moderna, el Sistema de Integración Centroamericano. Es de una naturaleza similar a la OEA y a la ONU. Un sistema que tiene personería jurídica propia y del cual formamos parte muchos tipos de sujetos. Están obviamente los estados, están las instituciones regionales

que tienen personería propia a nivel centroamericano como el ICAP como el Consejo Monetario, etc. Pero también están los centroamericanos. Nosotros, el pueblo centroamericano, somos sujetos de derecho. Somos los derechohabientes de todas las obligaciones que los estados han firmado y es muy importante tener en cuenta, y yo le pido a mis colegas estudiantes de Teoría del Estado que tomen esto como materia de investigación porque esos tratados son ley nacional de autoridad superior por lo que dice nuestra constitución. Entonces, en teoría, un funcionario público costarricense que no cumpla con lo que se establece en los tratados de integración puede ser objeto de sanciones por incumplimiento de deberes, o por exceso de poder o por desviación de poder, nada menos que ante la Sala Constitucional que en sus competencias tiene la tutela de los derechos derivados de los acuerdos centroamericanos.

El SICA conforma un sistema, un orden sistémico que reúne lo político, lo social, lo educativo-cultural y lo económico y que tiene una serie de transversalidades que están representadas no solo en organismos técnicos altamente especializados, sino en esfuerzos conjuntos. Voy a citar nada más que uno, porque me llevaría la noche entera hablar de todos, que es la Estrategia Centroamericana de Desarrollo Rural Territorial 2010-2030 que, impulsada por los ministros del Consejo Agropecuario Centroamericano, en los ocho estados del SICA, porque también están Panamá, República Dominicana y Belice, para hacer un ordenamiento rural territorial que es un instrumento de planificación vinculante en todos los estados para que, de aquí al 2030, Centroamérica tenga un desarrollo sostenible, integral, solvente y solidario para toda la población.

El sistema obviamente no puede ser mejor que sus participantes. Cuando hay gente que dice: no se cumplen las resoluciones de la reunión de presidentes, yo pregunto ¿cuántas veces se cumplen las resoluciones de los presidentes dentro de los países? Que no hay respeto a los tratados... ¿y el respeto a las constituciones? Por respeto a los países no quiero entrar en nombres pero hay constituciones en Centroamérica que dicen que la salud y la educación son derecho y deber del pueblo y tienen índices de salud del siglo XVI.

Entonces compete a nosotros como juristas, sobretodo a quienes hacen Teoría del Estado, ver como podemos articular mecanismos para que esas normas se conviertan en vida humana objetivada. Con esto quiero cerrar la parte Centroamérica y entremos en la última que es Costa Rica-Centroamérica.

Ya hablamos del Pacto de Concordia, de la Guerra Nacional de don Juanito y del Plan de Paz. Una de las discusiones académicas que uno oye con más frecuencia es que nosotros tenemos que pensar mucho eso de la supranacionalidad por que es que Costa Rica no se puede comprometer con los otros países y que nosotros tenemos que salvaguardar eso. Que eso es algo que tenemos que definirlo despacio en el futuro. Eso es algo que prácticamente todos los gobiernos dicen después de que se firmó el Protocolo de Tegucigalpa.

Les tengo una pequeña noticia y es algo que quiero entregar a los estudiantes y profesores para que vean que la cosa no es tan así.

Dice: "Resolución nº 22. El Consejo Ejecutivo del Tratado General de Integración Centroamericana Considerando que la

República de Costa Rica por medio de su representante en el Consejo Ejecutivo ha solicitado autorización del mencionado Consejo a efecto de establecer un impuesto diferenciado de consumo a los cerillos en las mismas condiciones de la autorización dada a los gobiernos de Honduras y Nicaragua. Que el artículo sexto, letra b, del Tratado General (se refiere al Tratado de Integración Económica del 60) establece que, cuando no exista producción de un artículo en una de las partes contratantes pero sí en cualquiera de las demás, la primera no podrá establecer impuestos al consumo de dicho artículo salvo previa resolución fundamentada por el Consejo Ejecutivo. Resuelve autorizar al gobierno de Costa Rica para que pueda establecer un impuesto diferencial al consumo de cerillos equivalente a un dólar, centavo de dólar el que recaerá sobre cada cajetilla que contenga hasta cuarenta luces. Aquellas de más de cuarenta luces se les aplicará el impuesto en proporción al número de luces que contenga la cajetilla. Reunión séptima ordinaria. Lugar San José Costa Rica. Fecha 29 al 30 de 1964"

¡Sorpresa! Desde ese momento Costa Rica reconoce que hay competencias supranacionales de ordenamiento comunitario. Yo creo que eso debe ser investigado para ver si es cierto o no que nosotros vivimos una experiencia nacional pero con una experiencia comunitaria que tiene reglas que son reglas supranacionales. Otra cosa que yo quisiera pedirle a los estudiantes es que tal vez conviene, a la luz de nuestra Constitución, echarle una leidita para ver cuáles son los principios y objetivos y al Tratado de Integración Social. Tanto el Tratado de Integración Social como el Protocolo de Tegucigalpa son totalmente compatibles y congruentes con los mejores

valores del humanismo costarricense. El objetivo fundamental del proceso de integración, es que nos integremos para así alcanzar un desarrollo en paz, en libertad y en democracia y, agrego, en justicia en el marco de un régimen de derecho. ¿Es eso o no a lo que aspira Costa Rica y su pueblo? ¿Es eso o no lo que queremos para nuestros hermanos para que no tengan que venirse para acá a ganarse el pan dejando a sus familias y que todos podamos tener, por lo menos, el nivel y calidad de vida que tienen nuestros conciudadanos que tienen salario mínimo?

Finalmente, yo quisiera presentar después de todo lo que hemos dicho, otra definición de Estado aquí aplicable a lo que podríamos decir es una definición del estado costarricense. Me fundamento en nuestra propia Constitución y en los tratados estos que acabo de citar.

Costa Rica somos nosotros, los costarricenses con quienes conviven en nuestro territorio que hemos recibido en administración ese territorio, de nuestros antepasados, que es un verdadero regalo de Dios, con la obligación de transmitirlo mejorado, con autoridades que cuando asumen su función, prometen ante Dios o lo más alto de sus creencias que van a respetar su constitución y las leyes y que sino, nos lo reclamen.

Esa es la definición con la que tenemos que ir adelante en la construcción de la Costa Rica del siglo XXI. Aquí quiero decir que aquellos que en esa mañana del año de 1957, empezamos a oír las lecciones de Alfonso Carro, teníamos un horizonte de una Costa Rica muy particular muy amada y muy querida, pero que ustedes hoy no solo están

en la posición de aprender o de enseñar Teoría del Estado, sino que estén en la posición de construir la teoría del estado costarricense con todas las demás disciplinas, hombres y mujeres, líderes en las comunidades, construir un estado costarricense en donde de verdad, dentro de cien años, cuando alguien venga a recibir el galardón número no sé cuanto, pueda sentirse que nos superó

a todos los anteriores, porque si no la Patria no avanza; que sienta que la Costa Rica que lo está galardonado es una Costa Rica que de verdad le hace honor a la sangre y al carácter de los antepasados y de los que hoy estamos tratando de ver cómo Costa Rica retoma la savia de sus orígenes y se proyecta con orgullo de sus hijos. ¡Lucem Auspicio! ¡Muchas gracias!

## EVENTOS DECISIVOS EN LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA, 1960 - 1980

*Ing. Rodolfo Silva Vargas*

**Palabras del Ing. Rodolfo Silva al recibir el premio Alfonso Carro Zúñiga, otorgado por la cátedra de Teoría del Estado de la Universidad de Costa Rica y por el Instituto Centroamericano de Gobernabilidad (ICG). 12 de junio de 2013**

Desde fines de la década de los 50 se exploraba la creación de un organismo financiero interamericano para apoyar el desarrollo de los países del hemisferio, y de un esquema de integración económica y mercado común de los países centroamericanos. En ambos casos hubo que vencer resistencias en ciertos círculos de Estados Unidos que querían evitar que los países formaran bloques que pudieran amenazar su hegemonía política y comercial en la región. No obstante, en esa época, líderes mas visionarios impulsaron la tesis de que fortalecer las economías resultaría en un aumento del poder adquisitivo de los países, que así tendrían mayor capacidad de importar productos y promovería el comercio exterior, con beneficios mutuos. Así, cuando el presidente de Brasil, Juscelino Kubitschek, y la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), promovieron a fines de los años 50 una entidad financiera interamericana, la idea fue acogida por algunos líderes norteamericanos, en cuenta Milton Eisenhower, hermano del presidente de Estados Unidos, lo cual contribuyó a neutralizar esa oposición interna y llevó a la creación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en 1959. La CEPAL también propuso fundamentos para un Mercado Común, como inicio de un

esquema de integración económica, que condujo a la creación del Mercado Común Centroamericano en 1960, y dio lugar al proceso de Integración Económica. Se creó la Secretaría General (SIECA), con sede en Guatemala, y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), con sede en Tegucigalpa. Primer Secretario General de la SIECA fue el salvadoreño Pedro Abelardo Delgado, y primer Presidente del BCIE el nicaragüense Enrique Delgado.

Costa Rica no ingresó inicialmente al esquema, por reservas de la administración de don Mario Echandi y su Ministro Jorge Borbón, y no fue hasta la administración de don Francisco Orlich que, en setiembre de 1963, Costa Rica se adhirió formalmente al proceso, decisión que impulsaron personas como Raúl Hess, Jorge Manuel Dengo, Carlos Manuel Castillo, Jaime Solera y otros distinguidos costarricenses. En esa época, se creó la Oficina de Planificación (OFIPLAN), en el marco de la Carta de Punta del Este; por otra parte, hubo que enfrentar los retos de la devastación que causaba el volcán Irazú, a partir de marzo de 1963, para lo cual se estableció una Oficina de Defensa Civil; ambas entidades fueron dirigidas por don Jorge Manuel Dengo. La emergencia del Irazú terminó unos 18 meses después, hacia

finés de 1964, aun cuando las consecuencias persistirían por muchos años más.

Durante ese período, el Ing. Dengo había asumido, prácticamente a tiempo completo, funciones de “Ministro del Irazú”, por lo que el suscrito fue nombrado Subdirector de OFIPLAN, a cargo del proceso de planificación nacional y de coordinar la preparación del Plan Nacional de Desarrollo 1965-1969. Se contaba con asesoría de la Misión Conjunta de Programación para Centroamérica, apoyada por la OEA, el BID y la CEPAL, la dirigía el guatemalteco Dr. Alberto Fuentes Mohr, con participación de expertos latinoamericanos en disciplinas como presupuesto por programas, desarrollo industrial y agropecuario, infraestructura, desarrollo de los sectores sociales, lo cual nos involucró en estas tareas con los demás países de la región. Además, se trabajaba con organismos adscritos a la OEA, como el Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso (CIAP), encargado de la revisión anual del estado de la economía de cada país (“country reviews”), y del “Grupo de los Nueve” – entre ellos Paul Rosenstein-Rodin, Raúl Hess, Walter Rostow, Cristóbal Lara, Raúl Sáez-, para evaluar los planes nacionales de desarrollo.

El Dr. Enrique Delgado presidió el BCIE durante sus primeros tres años, pero en 1964 renunció por desavenencias con el “influyente” general Anastasio Somoza Debayle, lo que obligó a convocar a la elección de un nuevo presidente, a realizarse en Costa Rica en diciembre. El gobierno de Orlich propuso para el cargo a Jorge Manuel Dengo, y obtuvo el apoyo de El Salvador, Honduras y Guatemala. Sin embargo, el general Somoza consideraba que ese puesto le correspondía a Nicaragua, por lo que

tomó su avión, visitó personalmente a sus pares de los tres países del norte, logrando cambiar su apoyo. En votación celebrada en diciembre de 1964 resultó electo, cuatro votos a uno, el Dr. Gustavo Guerrero, nicaragüense, Viceministro de Economía, quien no era afín a Anastasio Somoza, sino a su hermano Luis. Tenía el antecedente de que durante la Conferencia Mundial de Comercio y Desarrollo en Ginebra, 1964 -donde don Raúl Prebisch presentó sus tesis-, los cinco países centroamericanos tenían que designar un portavoz que los representara. Gustavo Guerrero convenció al General Somoza de que el expresidente José Figueres, quien asistía a la reunión, era a quien correspondía hablar por los cinco países. A pesar de la animadversión que se guardaban, Somoza aceptó.

Como presidente del BCIE, el Dr. Guerrero demostró una alta vocación integracionista y un desempeño objetivo, al punto de que meses después de electo, conociendo las calidades profesionales y humanas de don Jorge Manuel Dengo, le solicitó aceptar la vicepresidencia ejecutiva del Banco, a principios de 1965. El Ing. Dengo, en otra muestra de su nobleza, aceptó. En su reemplazo, fui designado Director de OFIPLAN, y me correspondió finalizar la preparación del Plan Nacional de Desarrollo que, aunque evaluado muy positivamente a nivel internacional, no corrió la misma suerte en Costa Rica, debido a la elección en 1966 de un nuevo gobierno altamente escéptico de la planificación económica y social.

En julio de ese año emigré a la CEPAL, México, donde estaba Carlos Manuel Castillo, quien me encargó la coordinación de los programas de infraestructura para Centroamérica, especialmente el sector transportes y la

interconexión eléctrica. No estuve mucho tiempo, ya que Jorge Manuel Dengo fue invitado al BID en Washington para hacerse cargo de los proyectos hidroeléctricos en los países del Cono Sur. De alguna manera, entre él, Carlos Castillo y Gustavo Guerrero “conspiraron” para que yo sustituyera al Ing. Dengo como Vicepresidente Ejecutivo del BCIE, en setiembre de 1966. Pocos meses después, el Dr. Castillo aceptó la Secretaría General de la SIECA en Guatemala, donde laboraban varios funcionarios costarricenses como Rodolfo Trejos, Bernardo Soto Field, Rodolfo Quirós Guardia, Alvaro de la Osa, Rodolfo Solano Orfila, Alejandro Quesada, José Sancho. En la CEPAL México, Porfirio Morera, Rodrigo Bolaños, Francisco Malavassi, Edgar Jiménez, Napoleón Morúa. Era toda una cofradía de ticos a cargo de programas del Mercado Común y de la Integración Económica. Irónicamente, esto sucedía apenas unos pocos años después de que Costa Rica había rehusado a entrar al proceso integracionista. La afinidad del grupo facilitó en alto grado la coordinación de las tareas a realizar. Además, participaban en su desarrollo figuras señeras de la región, entre ellas, Manuel Noriega Morales, Alberto Fuentes Mohr, Gert Rosenthal, Raúl Sierra Franco, de Guatemala; Alfonso Rochac, Rafael Glover, Pedro Abelardo Delgado, Jorge Sol Castellanos, de El Salvador; Roberto Ramírez, Enrique Ortez Colindres, Dante Ramírez, Gautama Fonseca, de Honduras; Enrique Delgado, Gustavo Guerrero, Roberto Mayorga, Jorge Armijo Mejía, de Nicaragua.

Labores pioneras del BCIE incluyeron los programas de industrialización, interconexión eléctrica, transportes, catastro, red regional de silos, turismo, parques industriales, estudios de preinversión.

Entre las políticas de mayor trascendencia - aunque suscitaban controversias -, estuvo la del “desarrollo equilibrado” entre países, con trato preferencial para los de menor desarrollo relativo (Honduras y Nicaragua), a fin de que recibieran un mayor apoyo técnico y financiero. Otra fue el establecimiento de “industrias de integración”, que se asignarían a cada país: Nicaragua tendría la industria química de sosa cloro; Honduras, papel y pulpa (nunca arrancó); Guatemala, vidrio plano (solo cuajó envases); Costa Rica, una siderúrgica (no prosperó por insuficiencia de materia prima). La financiación inicial de proyectos por el BCIE se hizo con préstamos del BID y de la AID, como complemento a los aportes de capital de los cinco estados miembros. Posteriormente, se logró diversificar las fuentes de recursos, para incluir a España, México, Holanda, Reino Unido, Japón, Bélgica.

Durante mi primer año como Vicepresidente Ejecutivo se logró que el Banco pasara en 1967, por primera vez, a “números negros”. Ya para 1969 las operaciones aprobadas incluían 245 préstamos, de los cuales 168 al sector industrial, 65 a proyectos de infraestructura, sobre todo carreteras de integración, por un monto combinado de \$267 millones. Se definió que solo serían elegibles los proyectos productivos que tuvieran mercado -o adquirieran la materia prima- en por lo menos dos países. En cuanto a las carreteras, se incluyeron 20 rutas de interconexión entre países, las vías troncales al Atlántico y la carretera Interamericana. Costa Rica pudo beneficiarse con la vía El Coco-San Ramón -ahora Bernardo Soto-financiada en un 80% con fondos del Banco. Me tocó tramitar la solicitud de financiamiento al BCIE, hecha por la administración Trejos, y después terminarla e inaugurarla en

diciembre de 1972, como ministro de Obras Públicas del gobierno de Figueres. Desde luego, dimos continuidad a los programas y prioridades promovidos por el Vicepresidente Ing. Dengo, añadiendo otros como el estudio para un mercado de capitales, un mercado secundario de hipotecas, un estudio regional de turismo por Tecniberia de España, que identificó como prioridad desarrollar las Islas de la Bahía, en Honduras, el Golfo de Papagayo, en Costa Rica, y la zona de Chichicastenango, en Guatemala. También un estudio sobre el desarrollo conjunto de cuencas limítrofes entre países, como el golfo de Honduras, entre Belize, Guatemala y Honduras; el golfo de Fonseca, entre El Salvador, Honduras y Nicaragua; y la cuenca alta del río San Juan, entre Nicaragua y Costa Rica.

Se describen a continuación algunas de las situaciones más complejas que me tocó enfrentar en el BCIE, como: adopción de una política para excluir del financiamiento del Banco a empresas donde autoridades políticas de los estados miembros eran accionistas mayoritarios; el conflicto bélico entre El Salvador y Honduras (1969); y el proyecto de la Red Centroamericana de Telecomunicaciones.

La **política restrictiva** de no otorgar préstamos a empresas propiedad de autoridades políticas derivó de la solicitud de préstamo por \$40 millones a la empresa cementera de la cual el Gral. Somoza era el principal accionista. Como Vicepresidente Ejecutivo, me correspondía presidir el Comité de gerentes que analizaba si era procedente una solicitud de crédito. Propuse como política general que el Banco se abstuviera de financiar empresas propiedad de los Jefes de Estado o de altas autoridades

de gobierno, y la presenté al Directorio para su trámite a fines de 1967. Fue aprobada por decisión dividida, 3 votos a 2, en sesión larga y tormentosa. Mas adelante, en reunión de la Asamblea de Gobernadores del Banco –ministros de Hacienda y presidentes de Bancos Centrales- celebrada en Managua en marzo de 1968, Somoza solicitó reconsiderar esta política, pero los gobernadores decidieron que la aprobación de políticas crediticias era facultad del Directorio, lo que irritó al general al punto de que convocó a los ministros a su “bunker” para increparlos, incluyendo, de Guatemala, Mario Fuentes Peruccini; de El Salvador, Rafael Glover Valdivieso; de Honduras, Manuel Acosta Bonilla; y al ministro de Economía de Costa Rica, Manuel Jiménez de la Guardia. Pero no logró intimidarlos con sus amenazas, y el BCIE demostró que no se dejaría amedrentar por los desplantes de un Jefe de Estado. No contaban con que, al año siguiente, Somoza buscaría el desquite con la así llamada “operación buitre”, que se describe más adelante.

El **conflicto bélico** entre El Salvador y Honduras en 1969 fue una situación que vino a afectar la existencia misma del Mercado Común y, obviamente, los programas del Banco. A raíz de un partido de fútbol que fue chispa, y no causa del problema; de políticas restrictivas sobre beneficiarios de programas de reforma agraria en Honduras; de la creciente sobrepoblación en El Salvador, que había llevado a decenas de miles a emigrar hacia países vecinos; y aspectos geopolíticos entre los dos países, rompieron relaciones diplomáticas el 29 de junio. Lo más delicado para el BCIE vino días después, cuando hubo que repatriar a su país a los funcionarios salvadoreños y sus familias residentes en Tegucigalpa, ante el riesgo que podrían

correr por las las violentas manifestaciones diarias. Fue mi responsabilidad llevarlos a tomar el último vuelo que salió del aeropuerto Toncontín a San Salvador, no sin antes guardar en nuestra casa de El Picacho, distante del centro de Tegucigalpa, sus haberes más valiosos, baúles, vehículos, hasta animales domésticos. Pensaban que la casa de un costarricense sería un lugar más seguro. El Presidente del Banco, Enrique Ortez Colindres, quien sustituyó al Dr. Guerrero, era hondureño, aun cuando actuaba con gran imparcialidad. Las oficinas del BCIE se ubicaban en el edificio del Banco Central, en el centro de la ciudad, frente al Congreso, donde se reunían grupos de airados manifestantes. Después de una semana de hostilidades, la OEA logró mediar para que se detuvieran las acciones bélicas, que incluyeron un infructuoso bombardeo al aeropuerto de Toncontin por cazas salvadoreños, que pude observar desde la terraza de mi casa. Mientras, el Banco continuaba sus labores en medio de la precaria situación.

Vino entonces la **operación buitre**. Somoza vio la oportunidad, no solo de desquitarse, sino de llevarse la sede del Banco a Nicaragua, bajo el alegato de que no podía continuar en Honduras, dado que los empresarios salvadoreños no podrían venir a Tegucigalpa a tramitar sus asuntos, ni los funcionarios regresar a trabajar en la sede. La operación buitre se concibió astutamente, al solicitar Nicaragua la convocatoria a reunión del Directorio en Tegucigalpa, a la que tendría que venir el director por El Salvador, Dr. Sol Castellanos. Al no poder hacerlo, se demostraría que el BCIE no podía continuar en Honduras. Ante esa situación, el gobierno de Nicaragua ofrecería graciosamente a Managua como nueva sede

del Banco. Pero aquí entraron en acción los “amigos de la integración”, convencieron a los milicos salvadoreños de autorizar que un helicóptero de la OEA trasladara al Dr. Sol a Tegucigalpa, y a los hondureños para que lo dejaran entrar. Se haría la reunión del Directorio en mi casa de El Picacho, donde llevaríamos a Jorge Sol desde el aeropuerto, dando rodeo por caminos secundarios, para que ahí pernoctara. Durante dos días se celebraron las sesiones del Directorio en nuestra casa, bajo protección de un cuerpo especial de seguridad que no dejaba de preocuparnos. Fueron momentos de amistad centroamericana, difíciles de olvidar, que dieron al traste con la “operación buitre”, pues se demostró que el Banco podía continuar funcionando en Honduras. Transcurrido un tiempo prudencial, los funcionarios salvadoreños pudieron regresar a sus casas en Tegucigalpa, y además recuperar sus bienes que dejaron guardados en nuestra casa de El Picacho.

Sin duda el proyecto más complejo y difícil de ejecutar fue la **Red Centroamericana de Telecomunicaciones**. En los años 60 no había comunicación telefónica directa entre los países, para llamar de una capital a otra había que hacerlo por un sistema obsoleto de Tropical Radio, que requería llamar vía Miami, con enormes demoras y pésima calidad. En 1965, con el apoyo del Banco Mundial y del PNUD, se contrató a la PTT de Francia para el estudio de una red regional de interconexión entre los países. Resultó en la propuesta de un sistema de 300 canales de transmisión por microondas, condicionado a su manejo por una “corporación autónoma centroamericana”, que solo fue aceptable a Costa Rica; en los demás países, la administración de las comunicaciones estaba a cargo de autoridades de rango militar, que

no querían perder su manejo y control por razones de “seguridad del Estado”. Ante esa negativa, el Banco Mundial, que se había propuesto financiar el proyecto, desistió decepcionado a continuar el proyecto, por lo que los países decidieron encargar al BCIE rescatarlo y buscar cómo financiarlo, lo que me correspondió coordinar a partir de 1967.

Al no ser viable la corporación autónoma regional, se convino en crear una oficina permanente de coordinación, COMTELCA, con participación de las cinco administraciones de los países, que asumiera la revisión técnica de los nuevos estudios y contara con expertos independientes, evitando así contratar firmas consultoras de alto costo, o relacionadas a fabricantes de equipos. Se logró la ayuda del Ing. Art Lebrun, del BID, para reclutar un grupo de especialistas que vinieron de Brasil, Colombia, Estados Unidos y Suecia. Los ingenieros del ICE también hicieron importantes aportes técnicos. Se diseñó un sistema de microondas ampliado a 960 canales –en vez de 300- para telefonía, televisión a color, conmutadores para el tráfico regional e internacional, con 33 estaciones repetidoras a lo largo de 1300 km entre Guatemala y Costa Rica, con salidas a México y Panamá, al cable submarino entre Puerto Cortés y la Florida, y a la nueva estación satelital. Lograr el consenso de las 5 administraciones fue un “milagro” arduamente trabajado, para poder licitar un solo proyecto conjunto “llave en mano”, a publicar simultáneamente en los cinco diarios oficiales de los cinco países, para recibir ofertas simultáneamente a la misma hora y fecha, en las cinco ciudades capitales, lo que obligó a negociaciones complejas que tomaran en cuenta la legislación de cada país. El BCIE, como “agente financiero”, no tenía recursos propios suficientes, fue

necesario un audaz esquema de “ingeniería financiera”, donde el BID aportaría un 15% del costo, el BCIE un 10%, y había que conseguir el resto. Nos dimos a la tarea de hablar con los Eximbanks y agencias aseguradoras de créditos de exportación de los países con empresas fabricantes de equipos; a éstas hicimos ver que para participar en la licitación, además de su oferta técnica, deberían aportar una oferta de apoyo financiero a 14 años plazo y 3 años de gracia para cubrir el 75% restante del costo del proyecto. La empresa que no obtuviere ese respaldo financiero quedaría excluida de la licitación. Si esto no fue “hacer chocolate sin cacao”, ¡ya no hay cuando! Recuerdo que al explicar esa condición al presidente del Eximbank de EE.UU. en Washington exclamó: “I have never seen a better bargaining position” (Nunca he visto una mejor posición para negociar).

La licitación se publicó en julio de 1968 en los 5 diarios oficiales, resultó todo un éxito, participaron nueve empresas de Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Italia, Reino Unido y Japón, todas con su respectiva oferta de respaldo financiero. Por decisión conjunta, los cinco países adjudicaron a Nippon Electric (NEC, Japón) el proyecto, incluidas obras civiles, por \$14.2 millones – se estimaba un costo mucho mayor que la competencia logró reducir-. El proceso de adjudicación tuvo que pasar por las tensiones del conflicto El Salvador - Honduras, que impedía a sus autoridades de rango militar juntarse. Pero, convocados a reunión en Costa Rica, decisiva para el avance de la licitación, se juntaron discretamente donde nadie los viera, y se salvó el problema. Sobre los códigos y formalidades militares, pudo mas la amistad personal que guardaban entre sí y el interés de evitar que el proyecto

fracasara. Por otra parte, Nicaragua quería adjudicar a otro fabricante, una imposibilidad por tratarse de un proyecto “llave en mano”. Requirió de nuevo que los “amigos de la integración” se reunieran una noche con el Gral. Somoza durante varias horas para llegar al consenso necesario. Prevalció la voluntad política de los cinco países, y la arteria regional pudo construirse como estaba prevista. Se inauguró en 1972 con una llamada desde el ICE por el nuevo sistema automatizado al Presidente de Alemania. Este proyecto constituye un caso único en su género en el mundo, al aunar los cinco países el diseño, el financiamiento, la licitación y la adjudicación conjunta, así como la construcción e inspección técnica del sistema. Se requirió firmar 33 contratos: con la empresa proveedora, las entidades financieras, las firmas aseguradoras, las fiscalizadoras, las administraciones de telecomunicaciones de los cinco países, el BID y el propio BCIE; hubiera hecho las delicias de cualquier bufete legal, pero esta hazaña la realizó el Director Jurídico del BCIE, Dr. Félix Martínez Dacosta. La red regional se construyó de manera eficiente y expedita, con riguroso control de calidad, supervisada por COMTELCA y por el propio BCIE. Ha prestado excelentes servicios de comunicación a empresarios, familias y funcionarios en los países de Centro América y con el resto del mundo. Alguien comentó: “Si hubiera existido esta red de comunicaciones en 1969, se hubiera podido evitar el conflicto entre El Salvador y Honduras....”

A fines de 1971 regresamos ilusionados a residir de nuevo en nuestra casa de Costa Rica, llamados a asumir el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, donde nos correspondió, como dije, terminar la nueva vía El Coco-San Ramón en diciembre

de 1972, enfrentar la crisis portuaria con decisiones que incluyeron construir el “muelle alemán” en Limón, la ubicación del nuevo puerto del Caribe en Moín, y en el Pacífico puerto Caldera, que asesores japoneses veían como un futuro pequeño Yokohama. Los gobiernos siguientes llevaron a cabo las inversiones iniciales, pero no hubo seguimiento a las expansiones previstas, que aun hoy no se han efectuado. Se terminó el sistema de canales del Tortuguero, una red navegable de casi 500 km que no ha tenido el aprovechamiento debido. Se puso en operación la maquinaria adquirida durante la administración Figueres para mejorar y construir mas de mil kilómetros de caminos vecinales. Se declaró la caducidad por incumplimiento de la concesión de 99 años a la Northern Railway Co., aunque las administraciones sucesivas no le dieron adecuado seguimiento a las acciones para la operación y el financiamiento de Ferrocarriles de Costa Rica, con resultados ya conocidos. Nada me gustaría mas que elaborar sobre estas tareas realizadas durante dos años y medio al inicio de los 70s, pero no son el tema de la reunión de esta noche.

Sí lo son los siete años siguientes (1974 a 1981), en que volvimos a la relación directa con Centro América, primero durante cuatro años como Embajador en Washington y en la OEA, y luego tres años como Director por los países centroamericanos en el BID. Fueron años tensos, en parte por las fricciones con el régimen somocista y por el efecto de los movimientos en varios países contra regímenes autoritarios. Al BID fui electo en 1978 con los votos de los cinco gobiernos, de los cuales cuatro eran de corte autoritario, por suerte no se dieron cuenta de por quien votaban. Tuve el apoyo del gobierno de Costa Rica –el

entrante y el saliente-. Era marzo de 1978, nuestro partido había perdido las elecciones, pero a pesar de eso tuve el respaldo del presidente electo, don Rodrigo Carazo y su Vicepresidente, el Lic. José Miguel Alfaro, aquí presente para compartir el premio esta noche. Como director en el BID por los países centroamericanos, tuve oportunidad de lograr importantes financiamientos para sus proyectos de desarrollo, pero también tuve luchas de conciencia sobre si me tocaba representar a los gobiernos que me eligieron, o a lo que considerara de beneficio para las poblaciones de esos países. Opté por lo segundo, no apoyé, por ejemplo, el proyecto de carretera de circunvalación a Managua, porque atravesaba terrenos en gran parte del Gral. Somoza. Disentí de financiar ciertos proyectos en El Salvador que servirían para aumentar la represión y para aplastar la oposición que hacían demócratas salvadoreños, de quienes recibí después

un reconocimiento que mucho me honra. De igual manera en el caso de Guatemala, donde cientos de ciudadanos, en cuenta nuestro amigo el senador Alberto Fuentes Mohr, el diputado Fito Mijangos, decenas de estudiantes, profesores y funcionarios de la Universidad de San Carlos, y miles de indígenas fueron eliminados por el régimen del Gral. Romeo Lucas García. Dejo a su juicio si actué de acuerdo a los preceptos de la Teoría del Estado, pero ello me ha permitido vivir con la conciencia tranquila.

Agradezco a la cátedra de Teoría del Estado de la Universidad de Costa Rica y al Instituto Centroamericano de Gobernabilidad, por esta distinción, que mucho me complace compartir con nuestro buen amigo José Miguel Alfaro. Gracias también a Jaime Ordóñez, principal promotor de esta iniciativa, y a mi esposa Margaret por haberme acompañado en estas jornadas centroamericanas.

## EL PRINCIPIO DE LAICIDAD ESTATAL Y SUS IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO.

*Víctor Eduardo Orozco Solano<sup>1</sup>.*

**Sumario:** *1. Introducción. 2.- El principio de laicidad en el constitucionalismo francés. 3.- El principio de laicidad en los Estados Unidos de América. 4.- El principio de laicidad en el ordenamiento jurídico italiano. 5.- El principio de laicidad en Alemania. 6.- La ausencia de configuración del principio de laicidad estatal en el ordenamiento jurídico costarricense. 7.- La distinción entre el laicismo y el principio de neutralidad o a-confesionalidad estatal. 8.- La noción de laicidad positiva y sus implicaciones en un "estado neutro". 9.- A modo de conclusión: El principio de laicidad estatal como garantía del pluralismo religioso.*

### **1. Introducción.**

En términos generales, el propósito de estas notas es examinar el principio de laicidad, y desarrollar brevemente el modo en que ha sido contextualizado por el constitucionalismo francés, el norteamericano, así como en Alemania e Italia, para luego valorar la

manera en que ha sido implementado en el ordenamiento jurídico español, a partir de los alcances del artículo 16 de la Constitución Española de 1978.

En este sentido, en esta investigación se defiende que la expresión de laicidad implica asumir un punto de vista neutral con respecto al fenómeno religioso, en el cual el poder político es independiente de cualquier credo religioso y se abstiene de defender los valores que pueden ser vinculados a esa concepción. Se trata entonces de contener todas las tendencias que en el fondo pretenden una intromisión religiosa en la política<sup>2</sup>. Únicamente bajo la observancia de estas condiciones es posible asegurar a los particulares el pluralismo religioso, así como la posibilidad de asumir y profesar determinadas creencias, sin sufrir algún grado de discriminación ante reacciones intolerantes por parte de quienes comparten determinadas convicciones. Lo anterior es particularmente relevante en el supuesto de

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

<sup>2</sup> Sobre el particular, se puede consultar Muhimann G., et Zalc C., La laïcité, de la IIIe à la Ve République, Pouvoirs, 126, 2008, pág. 101.

las minorías<sup>3</sup> religiosas, cuya libertad sólo puede ser asegurada bajo determinadas condiciones de laicidad, en el cual los grupos mayoritarios no tienen la opción de intervenir o de participar activamente en la formación de la voluntad estatal, ni son (por su carácter de grupo mayoritario) destinatarios de ciertos beneficios. De este modo, en el derecho comparado pueden ser encontrados distintos grados de laicidad, como será visto a continuación.

## 2. El principio de laicidad en el constitucionalismo francés.

De acuerdo con Arnaud MARTIN, el principio de laicidad estatal ha sido proclamado por primera ocasión el 9 de diciembre de 1905, con el dictado de la conocida Ley de Separación de la Iglesia y el Estado, en cuyo artículo 1 se dispuso: «*La République assure la liberté de*

3 Cabe mencionar que en esta investigación utilizamos el concepto de minorías que ha sido propuesto por el prof. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, de la siguiente forma: "sea o no territoriales, los grupos integrados por ciudadanos nacionales que tienen características comunes, raza y/o religión y/o lengua y/o tradiciones comunes y/o costumbres sociales que los diferencia de la mayoría dominante, que viven esas características comunes como parte integrante de su identidad, que se sienten solitarios en razón de ella y, explícita o implícitamente, están decididos a conservarlas y fomentarlas en condiciones de igualdad, de hecho y de derecho, sin separarse del resto de la población". Véase Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, II, Libertad de conciencia y laicidad, III Edición, Thomson-Cívitas, 2007, págs. 616-617. Por su lado, la minoría religiosa puede ser definida, según CONTRERAS MAZARIO, de la siguiente manera: "la existencia de un grupo de personas residentes de un Estado que, siendo proporcionalmente inferior al resto de la población y estando en una posición no dominante, poseen, comparte y desean desarrollar características religiosas que les distinguen del resto de las creencias, convicciones o religión que profesa la mayoría de la población"; asimismo, el Consejo de Europa ha definido la minoría religiosa del siguiente modo: "quedaría circunscrita a la preexistencia de un grupo de ciudadanos (nacionales) del Estado que, manteniendo desde antiguo lazos firmes y duraderos con ese país y siendo suficientemente representativo a pesar de su número reducido en relación con el resto de la población del Estado o de una región del mismo, ostenta características religiosas distintivas que tienen interés en preservar y desarrollar conjuntamente con los demás miembros del grupo". Ver Contreras Mazario, J., M., La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno a la declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al Convenio-Marco sobre la protección de las minorías, en Anuario de Derecho Internacional, vo. XV, 1999, págs. 159-203. Citado por Rodríguez García J. A., La protección jurídica de las minorías culturales en el derecho comunitario, Revista Europea de Derechos Fundamentales, núm. 5/1 semestre, 2005, pág. 76. Tales definiciones sobre el concepto de minoría y, en concreto, sobre la noción de minoría religiosa son compartidas en esta investigación. En este marco, es claro que el principio de laicidad estatal, como contrapartida orgánica o garantía institucional de la libertad religiosa, es la única manera de asegurar a estas agrupaciones el pleno goce de sus derechos, en un escenario de tolerancia hacia cualquier manifestación del pluralismo religioso que actualmente compone la sociedad europea, sin más limitaciones que las provenientes del orden público previsto por ley y los derechos de terceros. A pesar de lo anterior, María J. ROCA FERNÁNDEZ se ha mostrado escéptica en cuanto a la posibilidad de brindar una definición precisa sobre las minorías y en concreto, acerca de las minorías religiosas, en criterio de la autora: "Una primera dificultad, ciertamente no pequeña, para poder hablar de derechos colectivos de las minorías culturales o religiosas estriba en que el propio concepto de minoría no tiene unos perfiles nítidos, aunque pueda hablarse de un consenso internacional en torno a la existencia de una minoría es una situación de hecho, cuya calificación escapa, en principio, al Estado territorial y que posee relevancia jurídica internacional. Pero toda vez que la pertenencia a la minoría incluye tanto elementos objetivos como subjetivos "esto es, en qué medida el propio sujeto perteneciente a una minoría se siente o no miembro de ella- se dificulta notablemente la regulación de cualquier relación jurídica". Ver Roca Fernández, M., J., Diversidad Cultural y Universalidad de los derechos: retos para la fundamentación del derecho, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 9, Madrid, pág. 363.

*conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public*»<sup>4</sup>. De ahí este autor ha considerado que el modelo francés constituye uno de los más exitosos en lo que atañe a la separación entre ambas instituciones. Sobre el particular, es preciso comentar que en Francia la concepción de laicidad más bien tiene como punto de partida una tensión existente entre un sentido liberal (o de indiferencia absoluta hacia el fenómeno religioso) y u otro de combate<sup>5</sup> (más propio de corrientes laicistas), que aún hoy permean las políticas laicistas que han sido adoptadas durante la Quinta República<sup>6</sup>. En este orden de ideas, el principio de laicidad ha sido proclamado tanto en la Constitución de 1946 y en la de 1958 del siguiente modo: "*Francia es una República indivisible, laica, democrática y social*". Sin embargo, en la Constitución de 1958 se añade, como bien lo apunta LLAMAZARES FERNÁNDEZ, la siguiente expresión: "*que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o*

*religión y que respeta todas las creencias*"<sup>7</sup>, con lo que al menos desde una perspectiva de derecho positivo, y de una interpretación literal del artículo 1 de la Constitución Francesa de 1958, se debe prescindir de la noción de laicidad que se establece en esa norma de cualquier expresión de laicismo, es decir, de cualquier valoración negativa con respecto a las creencias religiosas o a manifestaciones de la vertiente externa de la libertad de religión, que como se sabe se puede traducir en la utilización de simbología religiosa. A pesar de lo anterior, la tensión aludida entre la noción combativa de laicidad (laicismo) y otra liberal, todavía se plasma en los conflictos planteados con ocasión del empleo de la simbología religiosa, entre ella el uso del velo musulmán. Así, en el año 1989 el Consejo de Estado Francés se pronunció sobre la expulsión de tres alumnas de enseñanza secundaria del instituto parisino, justamente por acudir ataviadas con el velo. En su dictamen, de 27 de noviembre de 1989, el Consejo de Estado determinó que el uso de la indumentaria religiosa en las aulas no es

4 Véase Martín, A., Laïcité, sécularisation et migration en europe occidentale, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 8, 2004, pág. 335.

5 Sobre la noción del laicismo o combativa de laicidad Oliver ROY ha comentado: "la laicidad francesa es, históricamente, un asunto entre el Estado republicano y la Iglesia Católica: se funda en el anticlericalismo. Es, pues, una laicidad de combate, marcada por la violencia y anatema". Véase Roy, O., La laïcité face à la Islam, Ed. Hachete, 2005, pág. 21. Citado por Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 21.

6 Un estudio especialmente relevante sobre el particular puede ser encontrado en Muhlmann G., et Zalc C., La laïcité, de la IIIe à la Ve République, op cit. Esta tensión histórica, que todavía persiste, entre las nociones liberal y combativa de laicidad ha sido explicada por Jean Morange de la siguiente forma: "para algunos laicos, no se trataba únicamente de luchar contra una influencia política de la Iglesia católica considerada excesiva, sino también de limitar la difusión del mensaje religioso, incluso de sustituir con un pensamiento materialista los dogmas religiosos. Ésa es una de las misiones que asignan a la escuela laica y a sus docentes. Esta concepción de la laicidad no ha desaparecido, pero sólo está presente en determinados círculos de pensamiento. En el ámbito político y jurídico, el término de laicidad ha ido tomando progresivamente otro sentido. Se ha convertido en sinónimo de neutralidad o imparcialidad, y así es como en 1949 lo expuso magistralmente un gran publicista francés, Jean Rivero, en una célebre crónica que apareció en Recueil Dalloz " Véase Morange J., Las Relaciones entre el Estado y las Iglesias en Francia, Revista catalana de dret públic, núm. 33, 2006, pág. 4.

7 Ver Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad, III Edición, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 263.

necesariamente incompatible con el principio de laicidad del Estado, en cuanto constituye una manifestación de la vertiente externa de la libertad de religión. A pesar de lo anterior, en esa decisión se reconoció la posibilidad de limitar el uso de símbolos religiosos “en casos de necesidad, en función de las circunstancias particulares del Centro Educativo, a través de su propia normativa, donde se definen los derechos y deberes de cada uno de los miembros de la comunidad escolar y se determinan las modalidades de su ejercicio”<sup>8</sup>.

Con posterioridad, el Ministerio de Educación intentó regular el uso de la simbología religiosa en los centros educativos a través de la Circular de 12 de diciembre de 1989, que pretendía ser una concreción del dictamen emitido por el Consejo de Estado. En esa circular, y con respecto a los docentes se estableció lo siguiente: “que dentro del ejercicio de sus funciones, (...) en virtud del ejemplo que suponen, explícita o implícitamente, para sus alumnos, deben evitar imperativamente toda seña distintiva de naturaleza filosófica,

religiosa o política que pueda afectar a la libertad de conciencia de los alumnos”, sancionándose incluso con la suspensión a los que incumplieran esa normativa<sup>9</sup>. Es claro que en cada una de esas decisiones se plasma la aludida confrontación entre ambas acepciones de laicidad (liberal y combativa), en el sistema francés, en que la segunda ha sido proclamada en el ámbito del derecho positivo mediante la ley de 15 de marzo de 2004, en que expresamente se prohíbe el uso del velo islámico en las aulas.

### 3. El principio de laicidad en los Estados Unidos de América.

En el caso de los Estados Unidos de América, el principio de laicidad estatal o de neutralidad puede ser inferido de una interpretación conjunta de la Primera Enmienda Constitucional (en cuya razón, “El Congreso no elaborará ninguna ley referente al establecimiento de una religión”), así como de la cláusula de libre ejercicio, (en virtud

- 8 Véase Cañamares Arribas, S., Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 74. De acuerdo con el autor, el texto del dictamen puede ser encontrado en "Revue française de droit administratif, VI-1 (1990), págs. 6-9". Asimismo, un comentario sobre el particular puede ser hallado Rivero, J., Laïcité Scolaire et Signes d'Appartenance Religieuse, en Revue Française de Droit Administratif VI-1 (1990), así como en Beller, E. T., The headscarf affair: The Conseil d'Etat on the role of religion and cultura in French society, en Texas International Law Journal, Summer 2004, págs. 609 y ss.
- 9 Ver Cañamares Arribas, S., Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado, op. cit., págs. 74-75. Al respecto, el mismo autor agrega que luego fue emitida la conocida Circular Bayrou de 20 de septiembre de 1994, la cual expresa una prohibición general de utilización de los denominados "signes ostentatoires", frente a los "signes discrets", al considerarse que eran necesarios para preservar el carácter neutro de la escuela pública francesa y conseguir la asimilación de los alumnos extranjeros. Es claro que el contenido de esta disposición, soslaya los alcances de la vertiente externa de la libertad de religión con respecto a las alumnas musulmanas, frente al principio de neutralidad de la escuela pública, según ha sido proclamada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principios inspiradores de la Constitución Francesa. La regularidad de esta medida luego fue conocida por el Consejo de Estado, quien declaró la "ilegalidad de toda aquella normativa que prohibiera con carácter general la presencia de símbolos religiosos en los centros escolares, ya que desconoce la libertad de expresión reconocida a los alumnos en el marco del principio de neutralidad de la enseñanza pública" (véase sobre el particular la decisión del 10 de marzo de 1997, por la que se resolvió una queja incoada por el Ministerio de Educación contra una decisión del Tribunal Administrativo de Estrasburgo, que negaba la expulsión de una estudiante musulmana que por acudir a las aulas ataviada con el velo islámico, sería expulsada del centro educativo).

del cual “se prohíbe al Estado la aprobación de leyes que prohíban el libre ejercicio de la religión”<sup>10</sup>. En este marco, el principio de neutralidad “tiene como objetivo garantizar la libertad de opción de la persona ante el pluralismo horizontal y, en primer lugar, la existencia misma de ese pluralismo. La separación garantiza la pluralidad vertical y, en última instancia, la autonomía individual”<sup>11</sup>. Lo anterior implica que el Estado se mantiene separado con respecto a las agrupaciones religiosas y les brinda un trato igualitario.

Además, han sido radicalmente excluidas las aportaciones económicas directas del Estado a las religiones y cualquier otra actividad que promueva o inhiba la religión<sup>12</sup>. Sobre el

particular en la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el asunto Everson v. Board of Education (redactada por el Juez Black), se dispuso: “ningún impuesto, cualquiera que sea su cuantía puede ser exigido para sufragar actividades o instituciones religiosas, cualquiera que sea su denominación, o cualquiera que sea la forma que adopten para practicar o enseñar la religión. Ni un estado ni el Gobierno Federal pueden, públicamente o de manera reservada, participar en los asuntos de cualquier grupo u organización religiosa y viceversa. En palabras de Jefferson, la cláusula en contra del establecimiento legal de una religión tenía la intención de levantar “un muro de separación entre la iglesia y el Estado”<sup>13</sup>.

- 10 Véase 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, pág. 24.
- 11 Ver Notes (Editorial). "Developments in de Law-Religion and State", Harvard Law Review, vol. 100, núm. 7, 1987. Citado por Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad, op cit, pág. 278.
- 12 Véase Notes (Editorial). "Developments in de Law-Religion and State", Harvard Law Review, vol. 100, núm. 7, 1987. Citado por Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad, op cit, pág. 278. Sobre los alcances del principio de neutralidad estatal en el sistema norteamericano, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el asunto Walz v. Tax Commissioner, 397 U.S. 664669 (1970), señaló: "el curso de la neutralidad constitucional en esta área no puede ser una línea absolutamente recta: la rigidez bien podría frustrar el propósito esencial de estas cláusulas, que es garantizar que no se patrocine o favorezca a ninguna religión, que no se imponga ni prohíba ninguna. El principio general que puede deducirse de la Primera Enmienda y todo lo que ha sido dicho por la Corte es esto: que no toleraremos la religión establecida oficialmente o la interferencia oficial con la religión. Salvo estos actos oficiales explícitamente proscritos, hay espacio en las articulaciones para producir una neutralidad benévola que permitirá la existencia del ejercicio religioso sin patrocinio y sin interferencia". En otra decisión, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desarrolló los alcances de la doctrina del separatismo, de la siguiente forma: "ni los Estados ni el gobierno Federal pueden fomentar o promover por medio alguno la religión ni establecer una confesión como oficial; asimismo queda vedada la posibilidad de dispensar un trato más favorable a una determinada confesión religiosa y la adopción de leyes que supongan la financiación, patrocinio o subvención directa o indirecta de una religión concreta; se establece la interdicción de toda actuación que pudiere coaccionar o influir en una persona para que asista o para que permanezca apartada de una iglesia en contra de su voluntad, forzarle a que profese una religión o a que no profese ninguna; nadie puede ser desfavorecido por tener o profesar creencias religiosas o ateas, por la asistencia o no asistencia al culto; ningún impuesto, sea cual sea el importe, puede ser recaudado para la subvención de actividad o institución religiosa alguna; ningún Estado ni el Gobierno Federal pueden, de forma pública o encubierta, participar en los asuntos de ninguna organización o grupo religioso, ni viceversa" 330 U.S. 1 (1947). Un estudio particularmente relevante sobre el desarrollo jurisprudencial de la libertad de religión y del principio de laicidad estatal en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, puede ser encontrado en Valero Heredia, A., La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado). op. cit., págs. 146-156.
- 13 Citada por Yllanes Suárez, J. P., Aconfesionalidad, Laicidad y Ética Pública: los jueces ante el fenómeno religioso, en Estado aconfesional y Laicidad, op. cit., págs. 338-339.

De este modo, al comparar el desarrollo del principio de laicidad entre el sistema francés y el norteamericano, vemos como la tensión entre las nociones combativa y liberal del principio en la primera están ausentes en el segundo, en el cual el principio de a-confesionalidad implica una indiferencia total con respecto al fenómeno religioso. Tales son pues los alcances del principio de laicidad estatal que son aceptados en esta investigación, los cuales resultan indispensables para asegurar no sólo el pluralismo religioso, sino también la posibilidad de los individuos de asumir determinadas creencias con respecto a la idea de un ser supremo, superior, la trascendencia del alma humana a la muerte, así como la posibilidad de profesar libremente esas creencias o convicciones, sin más limitaciones que las provenientes del orden público y de los derechos de terceros<sup>14</sup>.

En la actualidad dichas expresiones combativas de laicidad, o laicismo, pueden ser encontradas, por ejemplo, en las discusiones relativas a la prohibición de velo islámico, *del hiyab, la burca, el niqab, la shayla o el chador*, que han generado gran polémica en Bélgica y Francia, en las cuales sin duda se afecta la vertiente externa de la libertad religiosa, si quien decide emplear dicha vestimenta lo hace libremente y sin ningún tipo de coerción, y no es utilizada para conferir un trato cruel o degradante contraria

14 Sobre el particular Rafael PALOMINO LOZANO, al comentar las relaciones entre las Iglesias y los Estados en el derecho comparado, ha sostenido: "en Francia, por ejemplo, se produce un movimiento de matización y se habla de una *laïcité* du combat para designar la trasnochada e intolerante laicidad francesa, frente a una *laïcité* ouverte que se pretendería en la actualidad. Turquía, por su parte, representaría una laicidad de rompeolas frente al avance del fundamentalismo islámico. En Italia, ante la dificultad de aplicar una laicidad decimonónica de corte francés, en los ambientes académicos, universitarios se estima necesaria la labor de repensare la *laicità*. O, sencillamente, ante su multivocidad rayana en la equivocidad política, se considera que la laicidad podría terminar siendo sencillamente un "concepto jurídico inútil". Véase Palomino Lozano, R., *Aconfesionalidad, Laicidad y ética pública: los jueces ante el fenómeno religioso*, en *Estado aconfesional y Laicidad*, op. cit., págs. 365-366.

a la dignidad de quien la use. En tales casos, nos parece que el principio de laicidad en su noción liberal no puede ser utilizado como bandera para reprimir de manera ilegítima dichas expresiones religiosas. En este sentido, sin duda constituye un deber de las autoridades públicas, en el marco de un estado laico, fomentar mediante una educación igualmente laica los niveles de tolerancia necesarios entre las distintas agrupaciones o confesiones religiosas, de modo que cada una de ellas pueda disfrutar libremente de su libertad de religión, sin más limitaciones que las expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico. En este caso, es evidente que el principio de laicidad estatal constituye la otra cara de la moneda o la garantía institucional de la libertad religiosa, que justamente se caracteriza por una separación absoluta entre el Estado y las distintas confesiones, así como por una posición de indiferencia hacia el fenómeno religioso.

#### 4. *El principio de laicidad en el ordenamiento jurídico italiano.*

Ahora bien, en *Italia*, la noción de laicidad ha sido despojada de cualquier manifestación hostil con respecto al fenómeno religioso (es decir laicismo) y no se infiere directamente de una disposición constitucional, sino que

responde a una construcción realizada por la *Corte Costituzionale* que ha desarrollado un modelo de laicidad que ha sido calificada por la doctrina "*laicità di servizio*". Así, el primer caso en el cual la Corte se pronunció sobre los alcances del principio de laicidad fue la sentencia núm. 203/1989 de 12 de abril, en la cual, al referirse sobre el carácter facultativo de la libertad de enseñanza, señaló que posee "*un valor superior respecto de otras normas o leyes de rango constitucional*"<sup>15</sup>. A partir de esta decisión, el principio de laicidad estatal ha sido concebido como un criterio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico, motivo por el cual también forma parte del parámetro de constitucionalidad.

Sin embargo, también es preciso reconocer que el principio de laicidad estatal ha tenido menor grado de desarrollo en el sistema italiano, que en otros sistemas como el norteamericano o el francés. Lo anterior por cuanto, y en lo que atañe al principio de igualdad, en ese sistema se brinda un tratamiento diferenciado tanto a la Iglesia

Católica, a las confesiones que han firmado un acuerdo de cooperación con el Estado, y a las confesiones sin acuerdo, con régimen jurídico diferente<sup>16</sup>. Pero esta debilidad en el reconocimiento de los alcances del principio de laicidad en el sistema italiano, con respecto al francés o al norteamericano también se manifiesta en las decisiones de los poderes públicos, quienes sin excesivos disimulos toman en consideración factores religiosos. De ahí que la confesionalidad en el sistema italiano no es propia del ordenamiento, sino de la sociedad, y se traduce en concreto en el principio de bilateralidad, "*que abre la puerta a que las confesiones legislen con el Estado en temas que les afecten*"<sup>17</sup>.

De acuerdo con la mayor parte de la doctrina italiana, el principio de laicidad en ese sistema comprende dos aspectos: uno garantista o negativo, otro promocional o positivo. Así, en el primer caso, el principio de laicidad se traduce en la obligación por parte del Estado de garantizar a los individuos una inmunidad de acción con respecto al fenómeno religioso; en el segundo, por

15 Véase Valero Heredia, A., *La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, op. cit., págs. 134-135. Sobre los alcances del principio de laicidad estatal en el ordenamiento jurídico italiano en la decisión núm. 203/1989 de 12 de abril, la Corte Constitucional precisó: "I valori richiamati concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della *laicità* dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di *laicità*, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale. Il Protocollo addizionale alla legge n. 121 del 1985 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede esordisce, in riferimento all'art. 1, prescrivendo che "Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano", con chiara allusione all'art. 1 del Trattato del 1929 che stabiliva: "L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'art. 1 dello Statuto del regno del 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato". La scelta confessionale dello Statuto albertino, ribadita nel Trattato lateranense del 1929, viene così anche formalmente abbandonata nel Protocollo addizionale all'Accordo del 1985, riaffermandosi anche in un rapporto bilaterale la qualità di Stato laico della Repubblica italiana".

16 Ver Llamazares Fernández, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad*, op cit, págs. 250-251.

17 Véase Llamazares Fernández, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad*, op cit, págs. 254.

su lado, se exige al Estado la adopción de medidas (legislativas o de cualquier otra índole) tendentes a promover las condiciones necesarias para el favorecimiento de una auténtica y libre participación de los ciudadanos y de los distintos grupos sociales en la producción de los valores culturales presentes en la sociedad<sup>18</sup>. De acuerdo con VALERO HEREDIA, esta vertiente garantista o negativa del principio de laicidad estatal, en el sistema *italiano*, con posterioridad ha sido desarrollado por la *Corte Costituzionale* en las siguientes decisiones 13/1991 de 14 de enero y 290/1992 de 22 de junio, relativas a la enseñanza de la religión en las escuelas<sup>19</sup>.

Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico italiano se ha ponderado el principio de laicidad estatal frente a la utilización de simbología religiosa, concretamente el tema de los crucifijos en las aulas. De esta forma, y con anterioridad a la reciente sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular (en el asunto *Lautsi c. Italia*), el Consejo de Estado italiano había considerado que no es incompatible frente al principio de neutralidad estatal, teniendo en consideración que en un salón no destinado al culto, como lo es la escuela, el crucifijo tiene un valor simbólico altamente educativo, dentro de un contexto laico, distinto del religioso y al margen de la religión profesada por los alumnos. En palabras de María J. ROCA: “*para el Consejo de Estado el crucifijo expresa el origen religioso de valores como la tolerancia, el respeto mutuo,*

*la valoración de la persona y sus derechos, de su libertad, la autonomía de la conciencia moral de la persona frente a la autoridad, la solidaridad humana y el rechazo de toda discriminación. Todos estos valores subyacen en las normas de la Constitución Italiana recogidas en los Principios fundamentales y la Parte I de la Carta Magna, y concretamente de los arts. mencionados como definidores de la laicidad del Estado italiano*”<sup>20</sup>. Sobre el particular, nos parece evidente que la utilización de simbología religiosa en edificios públicos, como lo es el crucifijo en las aulas, claramente es incompatible frente a los alcances del principio de laicidad, al menos en su mayor grado de desarrollo. Es claro, asimismo, que en este razonamiento en el Consejo de Estado italiano no hace sino disfrazar bajo el marco de laicidad, un régimen confesional en el cual se ha privilegiado el uso del crucifijo en las aulas, que a nuestro parecer no puede ser objeto de secularización; es decir, no puede ser despojado de su connotación religiosa, por más que así se pretenda en el razonamiento o en la argumentación de la autoridad estatal.

## 5. El principio de laicidad en Alemania.

Ahora bien, en lo que toca al sistema *alemán* es preciso comentar que el principio de laicidad estatal ha tenido un desarrollo distinto con respecto al *francés* o al *norteamericano* en cuanto a sus alcances, pero en algún grado similar al *italiano* en cuanto a sus

18 Sobre el particular, se puede consultar Cavana, P., Interpretazioni della laicità, Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto, Editorial A.V.E., Roma, 1998, pág. 256.

19 Véase Valero Heredia, A., La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado). op. cit., págs. 137-138.

20 Véase sobre el particular Roca Fernández, M. J., La Tolerancia en el Derecho, Fundación Registral, Madrid, 2009, págs. 194-195.

debilidades. Lo anterior por cuanto, y siguiendo a LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “*en Alemania e Italia se proclama formalmente la neutralidad religiosa, pero su grado de realización es un tanto deficiente si tenemos en cuenta que las distintas confesiones no gozan del mismo estatuto jurídico y que no siempre está razonablemente fundada esta diversidad de trato salvo que recurramos al dato histórico-sociológico, lo que haría sospechoso al ordenamiento de la correspondiente confesionalidad en un caso, pluriconfesionalidad en el otro, o de albergar reminiscencias de ellas*”<sup>21</sup>.

De esta forma, en el sistema alemán el principio de laicidad estatal fue proclamado por primera ocasión en la Constitución de Weimar de 1919, tras el derrumbamiento del *Reich* alemán luego de la Primera Guerra Mundial y el ascenso del socialismo al poder. En ese entonces se puede comentar que la sociedad alemana no compartía en su gran mayoría una confesión determinada, sino que se dividía entre la católica y la luterana según el territorio que se trate<sup>22</sup>.

Con posterioridad y luego de la Segunda Guerra Mundial, en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana se proclamó el principio de laicidad estatal de manera similar a cómo se realizó en la Constitución de Weimar, al no encontrarse una forma mejor para describir las relaciones entre la Iglesia y

el Estado, en la cual el Estado no tiene ninguna competencia en asuntos religiosos e ideológicos. De este modo, Stefan MUCKEL afirmó con respecto al Estado alemán, que “*no tiene ninguna competencia en asuntos religiosos e ideológicos. Su derecho soberano y regulador se limita a aspectos terrenales y seculares*”<sup>23</sup>. De esta manera, la secularización de la sociedad alemana y el aludido modelo de relaciones entre las Iglesias y el Estado diseñado por la Ley Fundamental se manifiesta, con toda claridad, en la interpretación conjunta de los artículos 137 y 140, en cuya razón no existe una iglesia oficial y, por el contrario, se configura una separación institucional entre ambas instituciones<sup>24</sup>. A pesar de lo anterior, también ha sido reconocido que el principio de laicidad estatal en el sistema alemán tiene una connotación positiva, que abarca la cooperación e incluso la promoción de las confesiones religiosas, siempre hasta el límite de la identificación. Ello justamente se explica por las buenas experiencias del Estado alemán con las confesiones religiosas<sup>25</sup>.

En esta investigación, por el contrario y como se verá más adelante al comentar la configuración del principio de laicidad estatal en el sistema español y los argumentos planteados por algún sector doctrinal acerca de la concepción de laicidad positiva, se considera que este tipo de manifestaciones del principio de laicidad, así como el

21 Ver Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad, op cit, págs. 284.

22 Véase Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 21.

23 Véase Muckel, S., El Estado y la Iglesia en Alemania, Revista Catalana de Dret Public, núm. 33, 2006, pág. 7.

24 Un estudio especialmente relevante sobre la libertad de religión en el sistema alemán, los alcances del principio de laicidad y la configuración de las confesiones religiosas como corporaciones de derecho público puede ser encontrado en Zabalza Bas, I., Las confesiones religiosas en el Derecho Eclesiástico Alemán, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1986.

25 Véase Cañameres Arribas, S., Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado, op. cit., pág. 74.

reconocimiento de ciertos deberes de promoción del Estado hacia a las instituciones religiosas, más bien debilitan los niveles de indiferencia y tolerancia necesarios entre las agrupaciones religiosas, que deben existir en las relaciones entre ambos tipos de instituciones (Iglesia y Estado), para asegurar en el mayor grado posible el respeto del pluralismo religioso y, en fin, la posibilidad de todo individuo de disfrutar en forma plena de sus libertades fundamentales, entre ellas la de religión, de asumir una determinada creencia o convicción con respecto al fenómeno religioso y de profesarla libremente.

De ahí que las manifestaciones positivas del principio de laicidad estatal traducidas en un deber de promoción del Estado hacia los credos religiosos, en distintos grados, en el fondo implican un desconocimiento de los alcances del principio aludido, al verse favorecidos determinados grupos religiosos en la concreción de los deberes aludidos, a diferencia de otras agrupaciones cuyos individuos, en esos escenarios, disfrutaban de su libertad de religión de modo marginal, como si en el fondo se tratase de un estado confesional.

Se concluye entonces que las manifestaciones positivas del principio de laicidad son vestigios de un estado confesional anterior, en las relaciones entre las iglesias y el Estado, en la cual un sector religioso siempre se ve favorecido en razón de esta actividad de promoción, mientras que otros sectores son marginados por sus convicciones religiosas. De ahí que los alcances del principio de laicidad estatal, en su mayor grado de desarrollo, implican no sólo una separación formal en las relaciones Iglesia-Estado (como en el caso *norteamericano* o el *francés*, por ejemplo), sino también

una política de completa indiferencia del segundo hacia al primero, asegurándose la imposibilidad de tener en consideración factores religiosos a la hora de implementar determinadas políticas públicas.

Pese a lo expuesto, el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* ha dictado varias sentencias que claramente se encaminan hacia la vía de reconocer todos los alcances del principio de laicidad. Una de ellas es la sentencia 24, 236 de la Sala Primera de 16 de octubre de 1968, en la cual ese Órgano Jurisdiccional estableció que el derecho reconocido en el artículo 4° de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana cubre no sólo las actividades realizadas por las comunidades eclesásticas, religiosas e ideológicas, sino también a las asociaciones que no tienen como finalidad la asistencia total, sino sólo parcial de la vida religiosa e ideológica de sus miembros. Además, este derecho también garantiza la libertad de reunión con fines religiosos o eclesásticos y es válido también para la actividad de apoyo existente en el marco de la vida religiosa común, como la publicidad desde el púlpito. Asimismo, y en concreto sobre el principio de laicidad, en esta decisión se pone de manifiesto el deber estatal de mantener una neutralidad religiosa, de tal modo que se debe interpretar los preceptos constitucionales desde un punto de vista precisamente neutral y válido para todos, no confesionales o ligados a una ideología.

De otro lado, en la polémica decisión 93, 1 I de la Sala Primera de 16 de mayo de 1995, el Tribunal consideró violatorio de la libertad de conciencia, creencia y culto, así como del principio de laicidad estatal, la colocación de una cruz o crucifijo en el aula de clase de una escuela estatal, que no tiene carácter confesional. En efecto, en este

pronunciamiento se estimó que al Estado no le está permitido ni prescribir ni prohibir un credo o religión<sup>26</sup>. En este sentido, de la libertad de conciencia se desprende el principio de neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y convicciones, de tal forma que el Estado debe ser partidario de la convivencia de diferentes y opuestas convicciones religiosas e ideológicas para garantizar la coexistencia pacífica, lo que efectivamente se produce si mantiene la neutralidad en cuestiones de credo. Asimismo, este principio designa la obligación estatal de conferir un trato igualitario a las diferentes comunidades ideológicas y religiosas, de modo que no puede identificarse con una comunidad religiosa determinada<sup>27</sup>.

Al comentar estos alcances María J. ROCA FERNÁNDEZ ha sostenido que existe una disparidad entre la parte dispositiva

de la sentencia y sus fundamentos pues, por un lado, se declara incompatible frente al principio de laicidad estatal la colocación de los crucifijos en las aulas y, por otro, se esbozan los postulados de una laicidad cooperativa (cuya definición por la mencionada autora será comentada más adelante, pero que se caracteriza por valorar de manera positiva el fenómeno religioso); en palabras de la autora: *"Igualmente, el Tribunal alemán, después de sus declaraciones acerca de la aportación de las Iglesias a la herencia cultural de Occidente y de afirmar que con la colocación de cruces en las aulas no se produce una identificación o una aproximación a determinadas formas de adoración y, menos aún, se sigue de ahí, que las clases de las materias profanas queden, por ello, impregnadas por el símbolo de la cruz, declara inconstitucional el reglamento que disponía la presencia de*

<sup>26</sup> Con anterioridad, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el Auto de 16 de octubre de 1979, se pronunció sobre si la práctica de la oración en la escuela vulneraba o no la libertad religiosa, considerándose que no es inconstitucional, siempre que no sea obligatoria participar en ella, en un marco de respeto mutuo y de tolerancia. Véase sobre el particular Roca Fernández, M. J., *La Tolerancia en el Derecho*, op. cit., págs. 176-177. Sobre el particular, bien se puede comentar que en esa decisión el Tribunal Constitucional Federal Alemán desconoce todas las implicaciones del principio de laicidad, o de neutralidad estatal, en el cual se debe más bien potenciar la educación laica, de modo que la persona pueda libremente asumir determinadas creencias o convicciones con respecto al fenómeno religioso, sin más restricciones que las previstas en el ordenamiento jurídico. Una vez que en ese marco, el individuo ha asumido una creencia determinada, igualmente puede modificarla o abandonarla en el momento en que así lo estime conveniente y, con ello, utilizar la simbología religiosa o realizar el culto o el rito que resulte coherente con sus creencias, sin más restricciones que las previstas por el ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva de un Estado laico, como sería el caso alemán, la oración en la escuela claramente contradice la noción de laicidad, en tanto que la enseñanza laica más bien debería ser potenciada a partir de la proclamación constitucional del principio aludido. Un criterio similar al anterior, sin embargo, sostuvo el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la sentencia 1BvR 1522/03 vom 2.10.2003, en que se consideró que la bendición de la mesa en los jardines de la infancia no es inconstitucional, ni contrario al principio de laicidad. En todo caso, es preciso también tener en consideración que el artículo 7 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana permite que existan escuelas públicas que no sean neutrales, al disponer, entre otras cosas, "la enseñanza religiosa es asignatura ordinaria del programa en las escuelas públicas, con excepción de las no confesionales"; pese a que lo ideal sería que la enseñanza sea laica, para potenciar en todos sus alcances la libertad de religión.

<sup>27</sup> Este criterio, sin embargo, no fue unánime, sino que tuvo el voto salvado de los Magistrados Seidl y Söllner y de la Magistrada Hass, quienes consideraron: "No compartimos la interpretación de la mayoría de la Sala, que afirma que el §13 num.1 frase 3 del reglamento escolar para las escuelas pública de Baviera, de acuerdo con el cual en todas las aulas de clases se debe colocar una cruz, viola La Ley Fundamental ( )"

*crucifijos en las aulas escolares bávaras*<sup>28</sup>. Sobre el particular, bien se puede comentar que en el fondo el Tribunal Constitucional Federal Alemán hizo prevalecer los alcances del principio de laicidad estatal al declarar inconstitucional la colocación del crucifijo en las aulas. Lo anterior, pese a que la cultura de laicidad alemán no ha tenido aún suficiente grado de desarrollo como en la francesa o la norteamericana, y más bien tiende a compartir las notas características de la laicidad italiana<sup>29</sup>.

Otro comentario al contenido de esta sentencia del *Tribunal Constitucional Federal Alemán* ha sido esbozado por S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, quien afirma que tiene una gran virtud y consiste, precisamente, en que "el conflicto de derechos existente en las escuelas entre cristianos y no cristianos no se puede solucionar atendiendo al principio de la mayoría puesto que el derecho fundamental a la libertad de creencias protege de un modo especial a las minorías. En tanto en cuanto la escuela permite la práctica de una concreta religión, dicha práctica debe estar impregna-

*da del principio de voluntariedad y dejar a los que tengan otras creencias una posibilidad de no participación. Esta doctrina es a nuestro juicio correcta, al ser expresión del sentido mismo del Derecho constitucional de la libertad religiosa, que es el de la protección de las minorías*<sup>30</sup>. Pero esta atribución de defender a las minorías (y en concreto a las agrupaciones religiosas minoritarias) no es exclusiva de las distintas vertientes del derecho de la libertad de religión sino de todos los derechos fundamentales que han sido proclamados en la Constitución, que bien puede ser entendida, desde este punto de vista, como un instrumento de control de poder y protección de los intereses minoritarios (en el caso que nos ocupa de los individuos y las minorías religiosas), frente al ejercicio de los poderes públicos o las acciones de las mayorías parlamentarias. En una línea similar lo ha entendido don Ernesto GARZÓN VALDÉS, para quien los derechos humanos son un puente que vinculan la dignidad (inherente a cada ser humano viviente), frente a la democracia (que no es auto justificable y que por el contrario requiere límites externos (es decir los derechos funda-

28 Véase Roca Fernández, M. J., Neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, núm. 48, Septiembre-diciembre 1996, pág 267.

29 Este criterio es compartido por María José ROCA FERNÁNDEZ, quien sostiene acerca de las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana que recogen: "una interpretación de la neutralidad en sentido positivo que podríamos llamar una neutralidad o laicidad cooperativa". Ver Roca Fernández, M.J., Neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia, op. cit., págs. 264.

30 Véase González Varas Ibañez, S., La polémica sentencia del crucifijo, resolución del Tribunal Constitucional Alemán de 16 de mayo de 1995, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16. núm. 47. mayo-agosto 1996, pág. 351.

mentales proclamados en las constituciones) para evitar la tiranía de las mayorías<sup>31</sup>.

Finalmente, y en lo que atañe al Tribunal Constitucional Federal Alemán, es preciso destacar el criterio sostenido en la decisión de 24 de septiembre de 2003, sobre la posibilidad de una educadora, funcionaria del Estado de Baden-Württemberg, de portar el velo islámico en las aulas. De acuerdo con María J. ROCA, en este fallo se obligó a los "Länder a dictar leyes prohibitivas, si quieren prohibir la indumentaria religiosa de los funcionarios en las aulas. En ausencia de ley prohibitiva, prevalecen los derechos fundamentales de los candidatos a la función pública dentro de la enseñanza escolar"<sup>32</sup>. Sobre el particular, bien se puede comentar que en razón del principio de laicidad todas las autoridades públicas, como los funcionarios administrativos (entre ellos, los educadores públicos) tienen la obligación mientras realizan sus funciones o prestan sus servicios de adoptar un comportamiento neutro con respecto al fenómeno religioso y abstenerse de utilizar cualquier tipo de simbología religiosa alusiva a sus creencias. Más allá de estos ámbitos, pueden disfrutar y hacer ejercicio de su libertad de culto, y de utilizar la simbología religiosa que prefieran sin más restricciones que las del orden público protegido en la ley.

De este modo, una vez comentados los alcances del principio de laicidad estatal en Francia, los Estados Unidos de América, Italia y Alemania, así como el distinto grado de desarrollo que ha tenido en cada uno de estos ordenamientos jurídicos (y desde luego su vinculación con las distintas vertientes de la libertad de religión) a continuación será examinada la distinción entre laicidad y laicismo, y se realizarán algunos comentarios sobre la concepción de laicidad positiva, con la cual el Tribunal Constitucional Español ha pretendido describir las relaciones entre el Reino de España y las Iglesias, bajo una óptica que a nuestro juicio no se ajusta al sentido literal del artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española de 1978.

Se trata entonces de una construcción con la que el Tribunal Constitucional Español ha pretendido defender la regularidad constitucional de una normativa pre e infra-constitucional que claramente es incompatible frente al marco inicial de laicidad que se establece en la norma supra-mencionada, que exige, de igual manera, interpretar las relaciones de cooperación que se indican en esa disposición en un sentido muy restringido, que permita fomentar los niveles de tolerancia necesarios para asegurar a cada individuo o agrupación el pleno goce de su libertad religiosa.

31 En concreto, el autor ha sostenido: "Los derechos humanos - podría decirse finalmente "constituyen el puente conceptual que vincula dignidad con democracia: la dignidad humana en sociedad sólo puede estar asegurada en una democracia sujeta a restricciones verticales impuestas por el reconocimiento de los derechos humanos. La violación o la falta de vigencia de los derechos humanos afecta los dos pilares del puente: la dignidad se convierte en palabra hueca y la democracia degenera en la tiranía de los demagogos. En el primer caso se animaliza a la persona y en el segundo sucumbimos bajo la avalancha de la voluntad descontrolada de los más o del más fuerte. En ambos casos, la vida individual queda humillada y la vida social se vuelve indecente". Véase Garzón Valdés, E., Dignidad, Derechos Humanos y Democracia, página de Internet: <http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia> (19/03/2010).

32 Véase Roca Fernández, M. J., La Tolerancia en el Derecho, op. cit., págs. 180-181.

## 6. **La ausencia de configuración del principio de laicidad estatal en el ordenamiento jurídico costarricense**

Finalmente, en lo que atañe al caso costarricense, la libertad religiosa ha sido proclamada en el artículo 75 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, así como el carácter confesional en virtud del cual la Religión Católica, Apostólica y Romana es la oficial. De modo que el principio de laicidad estatal es completamente ajeno y extraño al constitucionalismo costarricense. Acerca del particular, es preciso insistir sobre la necesidad de reformar la Constitución, para introducir el principio de laicidad como garantía institucional, o como parte del contenido esencial de la libertad religiosa.

Entre las razones que justifican modificar la Constitución para introducir el Estado Laico, la más importante es una de carácter sociológico y consiste en la transición de una sociedad abrumadoramente católica por otra de pluralismo religioso en los últimos años, que actualmente no encuentra en el diseño constitucional su correlativo, ni las garantías necesarias para asegurar a las distintas agrupaciones religiosas el goce pleno de sus derechos y libertades fundamentales.

En todo caso, es preciso advertir, que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha matizado con claridad los alcances de la configuración constitucional del principio de confesionalidad estatal, en la sentencia No. 2023-2010 de 2 de febrero, en que se declaró inconstitucional el Art. 34 párrafo 2º del Reglamento a la Ley de la Carrera Docente (Decreto ejecutivo No.

2235-E-P), en que se exigía la autorización previa de la Conferencia Episcopal para la selección del personal docente dedicado a la educación religiosa.

En efecto, en esa decisión por mayoría la Sala consideró que el principio de confesionalidad del estado costarricense *“debe ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva, en cuanto, ineluctablemente, impacta la libertad religiosa en su más pura expresión”*. De este modo, en la sentencia se insiste en la separación del ámbito religioso del educativo en la Constitución Política vigente, para proclamar la existencia del principio de neutralidad religiosa en el ámbito educativo, de tal forma que se garantice *“el pleno ejercicio y goce de la libertad y la tolerancia religiosa como valor constitucional fundamental que asegura una coexistencia pacífica y armónica del conglomerado social, más aún cuando la realidad muestra una gran diversidad y heterogeneidad religiosa que se ha ido incrementando desde la promulgación de la Constitución de 1949”*.

Es claro que esta sentencia constituye un antecedente en el reconocimiento del principio de laicidad en el constitucionalismo costarricense, y un esfuerzo por adaptar el texto de la Norma Fundamental a los tiempos actuales. Y es que si se examina los casos de las Constituciones de Alemania, Italia, España, Francia y la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, es clara la tendencia a reconocer los alcances del principio de laicidad estatal, aunque con distintos grados de desarrollo, como se ha visto en esta pequeña investigación.

De ahí que, por ejemplo, la laicidad positiva que ha defendido el Tribunal Constitucional

Español en su jurisprudencia no tiene el mismo grado de evolución que la laicidad francesa, o la laicidad de servicio que se ha proclamado en el Estado Italiano.

Tampoco se pretende al defender los alcances del principio de laicidad en las relaciones entre el Estado y las iglesias, perseguir todas las expresiones del fenómeno religioso, o hacer nugatorio el disfrute de las distintas manifestaciones de la vertiente externa de la libertad religiosa. Ello más bien ha sido concebido como laicismo y es muy diferente a la laicidad por la que se ha abogado últimamente, en la cual lo que se pretende es potenciar el pluralismo religioso y los niveles de tolerancia necesarios para que todos los grupos religiosos puedan profesar su libertad religiosa, sin más restricciones que el orden público previsto en la ley.

No en vano, en la sentencia que comentamos se ha establecido la obligación de parte del Ministerio de Educación Pública de tomar una serie acciones positivas para rediseñar los contenidos curriculares de la enseñanza religiosa en escuelas y colegios del sistema público. Consecuentemente, deberá efectuar los estudios técnicos pertinentes para que a los educandos se les ofrezca, la educación religiosa en dos etapas. La primera, para que los estudiantes que profesan un credo religioso diverso al católico –debidamente reconocido y aceptado por el Estado–, puedan recibir lecciones de una persona que tenga idoneidad comprobada para impartirla y una posterior, conforme adquieren mayores capacidades y madurez relativa, de recibir enseñanza religiosa, según un enfoque ecuménico o ecléctico que fomente la tolerancia, respeto de los derechos humanos y fundamentales, de la dignidad humana, la diversidad religiosa, la no discriminación

por razones religiosas, el entendimiento, la comprensión y la amistad entre los grupos religiosos.

Una vez comentada la sección anterior los incipientes alcances del principio de laicidad en el ordenamiento jurídico costarricense, a continuación es preciso comentar la distinción entre laicismo y el principio de neutralidad o a-confesionalidad estatal para, luego, desarrollar la concepción positiva del principio de laicidad y sus implicaciones en un estado neutro.

## 7. **La distinción entre el laicismo y el principio de neutralidad o a-confesionalidad estatal.**

Como se ha expuesto, en esta investigación son utilizadas como sinónimos las expresiones de laicidad, neutralidad y a-confesionalidad religiosa, para calificar aquellas relaciones entre las Iglesias y los Estados que se caracterizan, de un lado, por la separación absoluta entre ambas instituciones y, de otro, una indiferencia total del segundo con respecto a las convicciones religiosas. Lo anterior no tiene un fin distinto que asegurar el pluralismo religioso y a todos los individuos la posibilidad de disfrutar, en forma plena, de las distintas vertientes de la libertad de religión.

Sobre el particular, y desde una perspectiva distinta, María José ROCA FERNANDEZ entiende por laicidad el reconocimiento por parte del Estado de su incompetencia en cuestiones religiosas e ideológicas. De esta manera, para esta autora la expresión de laicidad es positiva cuando *“la disposición del Estado en la*

garantía del derecho de libertad religiosa e ideológica se caracteriza por una actitud cooperativa”, en tanto que la negativa se caracteriza por una postura de indiferencia o distancia sobre cualquier manifestación religiosa de los individuos o de las agrupaciones<sup>33</sup>. Al respecto, ya hemos visto que la idea de laicidad que se defiende en esta investigación, justamente se caracteriza por la indiferencia y la separación absoluta entre la Iglesia y los Estados (de ahí que se aproxima a la categorización de laicidad negativa de la mencionada autora), lo cual asimismo se considera indispensable para asegurar a cada individuo el pleno goce de su libertad religiosa, en el marco de una sociedad pluralista, en la cual debe primar la tolerancia por sobre cualquier manifestación de orden religioso, siempre que se respete el orden público y los derechos de terceros, como lo hemos visto con anterioridad.

Pero tampoco es preciso confundir esta noción de laicidad (que nosotros preferimos llamar liberal, más que negativa como lo hace ROCA FERNÁNDEZ) con las expresiones laicistas o de combate hacia el fenómeno religioso. En efecto, desde ningún punto de vista puede ser utilizada la concepción de laicidad que se defiende en esta investigación para valorar negativamente las convicciones religiosas con expresiones de intolerancia, o implantar por parte del Estado políticas relativas a fomentar el ateísmo o el agnosticismo entre los individuos. Por el contrario, y desde una perspectiva laica,

deben ser tratadas con el mismo grado de indiferencia tanto las valoraciones positivas con respecto al fenómeno religioso (y, en concreto, sobre las convicciones que se posean sobre la existencia de un ser supremo superior o la trascendencia del alma humana a la muerte), como aquellas en que se niega la existencia del ser supremo y lo demás, todas las cuales han sido cubiertas, como se ha visto, por el objeto de la libertad de religión, que en este sentido constituye una especie de otro derecho fundamental con contenido más amplio, es decir, la libertad ideológica, de pensamiento o de conciencia.

Expresiones de laicismo o de combate sobre el fenómeno religioso pueden ser encontradas en el sistema francés, y en algunas decisiones adoptadas por el Consejo de Estado<sup>34</sup> (con respecto a la posibilidad de utilizar simbología religiosa), en las cuales justamente se pone de manifiesto la tensión existente en este sistema entre las nociones liberal y combativa de laicidad, de las cuales las segundas son calificadas en este trabajo como laicismo.

En este sentido, en esta investigación se comparte plenamente las ideas desarrolladas sobre laicidad por Alfonso RUIZ MIGUEL, en el sentido que: *“advierto que mi modelo ideal opta por una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad posible de los poderes públicos ante toda convicción relativa a la religión, incluidas las creencias no religiosas”*<sup>35</sup>. Para

33 Sobre lo expuesto véase Roca Fernández, M.J., Neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia, op. cit., pág. 253.

34 Sobre el particular, se pueden consultar las siguientes decisiones del Consejo de Estado Francés de 27 de noviembre de 1989, de 10 de marzo de 1995, de 10 de marzo de 1997 y de 3 de mayo de 2000.

35 Véase Ruiz Miguel, A., Para una interpretación Laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pág. 34.

el autor, un modelo ideal para establecer las relaciones entre el Estado y las Iglesias que evite, por un lado, favorecer mediante una actividad de promoción algunas convicciones religiosas por sobre otras que son discriminadas por esta situación y, por otro, el establecimiento de políticas hostiles ante cualquier manifestación de índole religiosa, sin duda lo constituye el estado laico, que en su modelo no sólo se caracteriza por la plena separación entre ambas instituciones, sino también por el mayor grado de indeferencia del Estado hacia el fenómeno religioso<sup>36</sup>.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que el término laicismo posee, de acuerdo con Alfonso RUIZ MIGUEL, una carga valorativa o comprometida que no tiene, ni por asomo, la expresión de laicidad, entendida como una indeferencia absoluta del Estado con respecto al fenómeno religioso. En palabras del autor, el laicismo debe ser entendido como la *“creencia privada en la falsedad de las religiones en el sentido estricto o tradicional de esa palabra –que en la cultura occidental suelen reducirse a las creencias en di-*

*vinidades y en las supervivencia después de la muerte-, ante la que, insisto el Estado laico debe ser tan neutral como ante cualquier otra creencia en materia religiosa”*<sup>37</sup>.

Desde una perspectiva distinta, Luis María CIFUENTES crítica la distinción entre laicidad y laicismo, pues considera que ambos términos en realidad no poseen ninguna carga valorativa sobre el fenómeno religioso. De esta manera, el autor entiende por laicismo: *“el movimiento social, político y cultural que promueve el ideal de laicidad y por lo tanto solamente exige la separación entre las iglesias y el Estado y el fin de todos los privilegios que todavía hoy mantiene la Iglesia católica en España. Por lo tanto laicidad no es más que el proyecto filosófico, jurídico y político que propugna el movimiento laicista en España”*<sup>38</sup>.

No obstante lo anterior, en esta investigación se prefiere utilizar la distinción entre el laicismo y laicidad, como se ha indicado desde la introducción, pues lo que realmente caracteriza a la segunda estrictamente considerada es la indiferencia o la ausencia de cualquier tipo

36 En este orden de ideas, RUIZ MIGUEL menciona que: “A mí me parece meridiano que la alternativa aut-aut es en este caso claramente falsa y que hay una tercera posibilidad, y por cierto la única genuinamente aceptable: entre un Estado hostil o beligerante contra las religiones (un Estado en realidad no laico sino laicista) y un Estado que las valora y ayuda positivamente se encuentra el Estado neutral o laico, esto es, el que es imparcial ante y entre quienes profesan y practican esta o aquella religión y quienes no profesan ni practican ninguna, incluso si su creencia les lleva a criticar a las religiones como valiosas”. Véase Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, op. cit., pág. 62.

37 Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, op. cit., pág. 63.

38 Sobre las razones por las cuales se ha distinguido entre laicismo y laicidad, el mismo autor señala: “Ha sido sobre todo en Francia donde se ha producido un mayor debate sobre el uso de ambos términos. Así los autores franceses evitan siempre hablar de “laicismo” porque algunos lo consideran sinónimo de “hostilidad hacia la religión”, de “sectarismo laicista” y, en general, de “adoctrinamiento dogmático de la laicidad”, frente al término “laicidad” (laïcité) que es aceptado por todos, tanto por los creyentes religiosos como por los laicistas, y además se habla en Francia de “laïcité ouverte” frente a la “laïcité fermée”. En cualquier caso, en nuestro país, han sido los pensadores católicos quienes con cierta frecuencia han comenzado a desprestigiar el uso del término “laicismo”, al vincularlo a la “intolerancia antirreligiosa”; y sin embargo esos mismos pensadores cultivan con entusiasmo el término de laicidad como sinónimo de “libertad de religión y de conciencia”, asimilando la laicidad al respeto y a la tolerancia”. Véase Cifuentes Pérez, L. M., ¿Qué es el laicismo?, Laberinto, 2005, pág. 33.

de valoración, positiva o negativa, con respecto al fenómeno religioso. Es precisamente, por este tipo de laicidad, neutralidad o aconfesionalidad, que se insiste en este trabajo para defender el pleno goce de la libertad de religión y el pluralismo religioso frente a quienes pretenden marginarlo al favorecer, de un modo u otro, a ciertos grupos religiosos, como claramente se produce en el modelo del estado confesional. A los mismos resultados de intolerancia con respecto al pluralismo religioso se llega, si se parte de posturas de combate o de no menosprecio de cualquier manifestación externa de la libertad de creencias, como se produce en el caso del laicismo.

### 8. **La noción de laicidad positiva y sus implicaciones en un “estado neutro”.**

Pues bien, una vez comentada la distinción entre el laicismo, caracterizado como se ha dicho por el menosprecio o una valoración rotundamente negativa de cualquier manifestación de orden religioso y, laicidad, que por el contrario no supone ninguna estimación sobre tales manifestaciones sino que tiene como punto de partida una

indeferencia y una separación absoluta del Estado y las religiones, de seguido será comentada la noción de laicidad positiva y la manera en que influye en un estado que de previo se ha calificado como neutro.

De entrada, es preciso advertir que la concepción de laicidad positiva supone por parte del Estado el establecimiento de ciertas políticas o actividades de fomento que claramente son incompatibles con la pretensión o el anhelo de calificar ese Estado como laico. Se trata en el fondo de otra manera de disfrazar un estado confesional, a partir de una configuración inicial de laicidad que ha sido despojada de todo contenido, para fomentar un tratamiento privilegiado a ciertos grupos religiosos en función de sus convicciones religiosas, con menoscabo del principio de igualdad, según ha sido proclamado en diversas constituciones y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Mucho se discute en el sistema español sobre los alcances del principio de laicidad positiva que ciertamente ha sido utilizado (en nuestro criterio de manera errónea) por el Tribunal Constitucional Español para calificar las relaciones entre la Iglesia y los Estados<sup>39</sup>, a partir de lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución

39 Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia No. 154/2002 de 18 de junio, señaló que: □ En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero ( RTC 2001, 46 ) , F. 4, que «el art. 16.3 de la Constitución ( RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), tras formular una declaración de neutralidad ( SSTC 340/1993, de 16 de noviembre [ RTC 1993, 340 ] , y 177/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996, 177] ) , considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales” (STC 177/1996)». De acuerdo con RUIZ MIGUEL, las dos sentencias más representativas sobre la noción de laicidad son las siguientes: la 46/2001, sobre la Inscripción de la Iglesia de la Unificación en el Registro de Entidades Religiosas, y la 38/2007 sobre la inhabilitación eclesiástica y el consiguiente despido por parte del Estado de una profesora de religión católica en un colegio público por vivir en concubinato. Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, op. cit., págs. 52-53.

Española de 1978. Sobre el particular, es claro que al mencionar esa norma que ninguna confesión tiene carácter estatal, cualquier otra disposición que se relacione bajo ese precepto<sup>40</sup>, debe ser interpretada en el marco inicial de laicidad con el cual se han configurado las relaciones entre las iglesias y los Estados. De ahí que el deber de cooperación y de promoción del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones debe ser entendido en un sentido absolutamente restringido, para no soslayar los alcances de la proclamación anterior del Estado español como laico. En este orden de ideas, Alfonso RUIZ MIGUEL ha sostenido que: *“por lo demás, el significado genuino de términos como “cooperación” o “colaboración” está bien lejano de un sistema predominantemente unidireccional de subvenciones por parte del Estado, que en buena parte de su cuantía se dirigen a actividades que son reclamadas con energía por la Iglesia Católica pero de limitado o nulo interés para un Estado laico”*<sup>41</sup>.

De lo anterior también se infiere que esos deberes de cooperación siempre deben ser formulados y ejecutados bajo la separación inicial y absoluta de las instituciones Iglesia y Estado, procurándose el mayor grado de indiferencia posible con respecto al fenómeno religioso. Lo anterior no sólo por razones normativas (a partir de la configuración del principio de laicidad en la norma aludida) sino

también por razones sociológicas, ante la diversidad de culturas y de grupos que ahora ocupan el territorio español, cuya libertad religiosa no será respetada si se desconocen los alcances del diseño constitucional laico del Estado español.

Sin embargo, desde una perspectiva distinta, Andrés OLLERO ha comentado con respecto al alcance del párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución Española de 1978 (y luego de reconocer que esa disposición produce problemas interpretativos) que la mejor manera de calificar las relaciones entre las iglesias y los estados se debe producir a partir del concepto de *“laicidad por omisión”*, en el sentido que: *“el Estado español es laico por el simple hecho de no haberse proclamado expresamente Estado confesional”*<sup>42</sup>.

Esta concepción de laicidad, que el autor también denomina *por defecto, o por atención*, se origina de la obligación constitucional de tener en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales, así como de cooperar con sus confesionales expresiones colectivas. En esta línea, Fernando REY MARTINEZ utiliza la expresión de *laicidad débil* para describir las relaciones entre la Iglesia y el Estado, en cuya razón de la Norma Fundamental se deriva una función estatal *promocional* con respecto al fenómeno religioso (idea conformada en gran medida por el desarrollo

40 Como por ejemplo el enunciado posterior: “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”.

41 Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, op. cit., pág. 81. Sobre el particular, agrega el autor: “Cooperar o colaborar más bien alude a un tipo de acción conjunta entre dos partes en áreas de interés o valor común, como pueda ser la sanidad, la educación, la asistencia social, la prevención de la drogadicción, el ocio juvenil, el patrimonio cultural y artístico”.

42 Véase Ollero, A., Un Estado Laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional, Thomson Reuters, Aranzandi, primera edición, 2009, pág. 66.

normativo vigente de los Acuerdos de la Santa Sede, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional). De esta forma, la concepción de *laicidad fuerte* (es decir a la francesa, por la que se aboga en esta investigación pero desprovista de la combativa), es la única constitucionalmente posible de acuerdo con el autor a menos que se reforme o se modifique previamente la Constitución<sup>43</sup>.

Es claro que esta concepción de laicidad por omisión, defecto o por atención (o débil como lo entiende Fernando REY MARTINEZ) tiene como punto de partida una construcción que soslaya el sentido literal del párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución Española de 1978, que inicia por declarar que ninguna confesión tiene carácter estatal (es decir, por proclamar el principio de laicidad), lo cual como se ha insistido a la largo de esta investigación no sólo se caracteriza por la separación absoluta entre ambas instituciones: iglesias y Estado, sino también por el mayor grado de indiferencia posible del segundo hacia a las primeras.

De lo anterior se deduce que las expresiones "*tendrán en cuenta*", así como el "*mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación*", deben ser interpretadas en un sentido absolutamente restringido, a partir de la declaración inicial del Estado español como laico. Y es que tales expresiones sin duda tienen mayor vinculación con las distintas facetas o vertientes de la libertad de religión (la interna y la externa), que con la configuración constitucional del Estado español como laico, con lo que más bien aluden a la obligación estatal de respetar o de auspiciar los niveles de tolerancia necesarios para asegurarle a cada individuo (y a los grupos religiosos) el pleno goce de sus libertades religiosas (es decir, de fomentar y de hacer valer y respetar las condiciones adecuadas para asegurar el pluralismo religioso), lo cual solamente es posible a partir de la declaración inicial de laicidad, que se traduce en la obligación estatal de indiferencia total hacia el fenómeno religioso.

Entre menos participación del Estado en el fenómeno religioso, mayores serán las

43 Ver Rey Martínez, F., La decisión del constituyente en materia de conciencia y religión, en La libertad religiosa en el Estado Social, Barrero Ortega, A., y Terol Becerra, M., Coordinadores, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 109. Sobre el particular, el mismo autor agrega: "España es, sin duda, un Estado laico, pero no un Estado laicista, como, por ejemplo, el francés. El constituyente de 1978 considera el hecho religioso como un factor social que debe ser tenido en cuenta por los poderes públicos, pues es el ejercicio de uno de los derechos fundamentales más directamente ligados con la dignidad humana y tiene una dimensión pública y colectiva también garantizada porque se reconoce la libertad religiosa también a las comunidades, de modo que todos los poderes públicos deben reconocerlo, garantizarlo y cooperar con la Iglesia y el resto de confesiones. La clave es cómo interpretar este deber: Una de las frases más inteligentes que se pronunció sobre el problema en el debate constituyente procede de Enrique Tierno Galván (.). Tierno dijo, tras la aprobación del artículo y parafraseando la famosa frase de Azaña en las Cortes republicanas: "España ha dejado de ser confesional, pero dudo de que haya dejado de ser católica" ¿ Es esto verdad?" Ver pág. 113. Pues bien, tras casi 32 años de haber sido aprobada la Constitución Española de 1978, y ante el escenario de pluralismo religioso que actualmente se vive en la sociedad española, casi en su totalidad secularizada y con fervientes expresiones religiosas por parte de grupos minoritarios, una respuesta positiva sin duda se impone en este caso. De ahí justamente la importancia de respetar los alcances del principio de laicidad estatal en el marco del pluralismo religioso, como presupuesto para hacer valer las distintas vertientes de la libertad religiosa. No es otro el propósito ni los fines que se persiguen en esta investigación, con respecto a la libertad religiosa e ideológica.

posibilidades de los individuos y de los distintos grupos religiosos de disfrutar las libertades aludidas. De ahí que en el fondo la posición conservadora de Andrés OLLERO no sólo vuelve confesional un diseño al menos literal de laicidad en la Constitución Española de 1978 (lo cual parece que el autor lo admite sin ningún inconveniente), sino que tiene profundas implicaciones sobre el pluralismo religioso, y en fin sobre las posibilidades de los grupos minoritarios de hacer valer sus derechos y de no ser marginados en la ejecución de las relaciones de cooperación que en la concepción del autor debería entablar el Estado con las religiones, al menos con la Iglesia Católica.

### **9. A modo de conclusión: El principio de laicidad estatal como garantía del pluralismo religioso.**

Tras haber comentado la distinción entre el principio de laicidad estatal con las concepciones de laicismo y laicidad positiva, es preciso insistir en esta investigación sobre el carácter de garantía institucional y de contrapartida orgánica que con respecto a la libertad de religión ostenta el primero, sin el cual no es posible establecer las condiciones de tolerancia adecuadas para fomentar el pluralismo religioso, así como en una sociedad democrática, en la cual los individuos claramente participan en la adopción de las decisiones fundamentales.

Y no puede ser de otro modo, si se tiene en consideración la diversidad europea,

compuesta por múltiples culturas, lenguas y nacionalidades, con múltiples convicciones religiosas, al menos en los países que han aceptado la Jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un ejemplo de lo anterior sin duda es el caso del Islam, el cual ha dejado de ser una religión profesada por personas del tercer mundo a las que había que convertir al cristianismo, sino una creencia religiosa que reclama una presencia en el escenario europeo<sup>44</sup>, y quienes la profesan exigen no sólo la tutela de su libertad religiosa en la Constitución Española de 1978 (como es el caso que ahora nos ocupa), sino también en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01).

En tales casos, el principio de laicidad estatal constituye el presupuesto necesario para garantizar a todos estos individuos, o grupos religiosos, el pleno goce de su libertad de religión, sin la posibilidad de sufrir por estas circunstancias algún tratamiento discriminatorio o indebido, contrario a la dignidad de esas personas. Lo anterior se pone especialmente de relieve en el caso de los grupos minoritarios cuyas convicciones religiosas no tienen por qué sufrir menoscabo alguno, por quienes comparten la confesión mayoritaria, como lo había señalado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la decisión adoptada contra Italia, en el sentido de declarar la violación del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y

44 Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, op. cit., pág. 31.

de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, por la colocación del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas, al considerarse que vulneraba la libertad de religión y el derecho de los progenitores de transmitir sus convicciones religiosas a sus hijos.

Un ejemplo de intolerancia pura y dura hacia determinadas convicciones religiosas ha sido constitucionalmente proclamada en Suiza, ante la aprobación por la vía del referéndum de la prohibición de edificar minaretes en ese territorio. Se trata de una decisión sin duda sorprendente que cuestiona, a estas alturas, la pretensión de dotar de alcance universal a los derechos humanos, respecto de todos los individuos sin distinción de raza, credo o convicciones religiosas. En el fondo, esta decisión evidencia la necesidad de proclamar el principio de laicidad estatal como presupuesto de las distintas vertientes de la libertad de religión.

En Francia, por su lado, pese a que tiene una gran tradición de laicidad fuertemente influenciada por concepciones combativas u hostiles de ese término, llama la atención la manera en que, precisamente en aplicación del principio aludido, se ha prohibido a las estudiantes musulmanas asistir a lecciones con el velo islámico (como también en Turquía, como lo vimos en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “*Leyla Şahin contra Turquía*”), pese a que el principio de laicidad estatal se traduce en obligaciones hacia las instituciones públicas (quienes prestan servicios públicos) o servidores de la misma índole, no así para

los particulares, quienes pueden disfrutar en forma plena de la vertiente externa de la libertad de religión, con las restricciones razonables que provienen del orden público.

Pero también hemos visto la manera en que las diversas expresiones de laicidad positiva (en los ejemplos de Italia, Alemania, y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español) en el fondo desconocen las distintas implicaciones del Estado laico. De ello es particularmente relevante el caso español, donde se ha sobredimensionado el deber de cooperación que de acuerdo con el párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución Española de 1978 debe tener el Estado hacia las convicciones religiosas, más allá de las fronteras de la configuración constitucional del Estado laico, por la que se ha optado en la primera parte de esta disposición.

Al respecto, Alfonso RUÍZ MIGUEL llama la atención sobre el modo en que el Tribunal Constitucional Español se ha negado a compatibilizar la regulación preconstitucional sobre las relaciones entre el Estado y las religiones con la Norma Fundamental vigente, así como la pretensión de elevar a rango constitucional (como se deduce de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional) las normas legales que rigen esas relaciones, pese a que son claramente incompatibles con el diseño constitucional del principio de laicidad. En palabras del autor: “*en efecto, la anterior actitud de la jurisprudencia constitucional puede tender a reforzar lo que yo denominaría una “sobreconstitucionalización” de criterios meramente infraconstitucionales en materia religiosa*”<sup>45</sup>.

45 Véase Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en *Laicismo y Constitución*, op. cit., pág. 51.

Todo lo anterior se traduce, de acuerdo con el mismo autor, en la indebida incorporación a la interpretación constitucional de criterios que provienen de los acuerdos internacionales firmados con la Santa Sede o del mero desarrollo normativo de rango legal e incluso inferior, entre ellos los acuerdos del Gobierno con determinadas entidades representativas de algunas confesiones religiosas, como se expuso con anterioridad<sup>46</sup>. Sobre el particular, Abraham BARRERO ORTEGA nos recuerda la manera en que han sido suscritos dichos acuerdos de cooperación con las principales confesiones, y como se ha justificado un tratamiento diverso con respecto a determinados grupos religiosos minoritarios del siguiente modo: “*En 1992, y tras haber el obtenido el reconocimiento del notorio arraigo exigido por la Ley de 1980, las tres grandes confesiones que, en principio, vinieron a desarrollar o, más exactamente a concretar las previsiones generales de la Ley en atención a las peculiaridades de cada uno de estos grupos confesionales. No se olvide que, desde 1979, la Iglesia católica ya tenía suscritos diversos acuerdos con el Estado español, de modo que la lógica del sistema constitucional y, en concreto, la del principio de igualdad obligó a dispensar también en un tratamiento jurídico singular a las denominadas confesiones minoritarias, aún de notorio arraigo*”<sup>47</sup>.

Al respecto, únicamente se puede comentar que dichos acuerdos de cooperación, así como la justificación de un tratamiento distinto entre las distintas confesiones según el número de sus integrantes, claramente contradice el marco inicial de laicidad que en el artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española de 1978 ha sido contemplado y, que se caracteriza (no puede ser de otro modo), por una separación absoluta y por la indiferencia en las relaciones entre la Iglesia y los Estados.

Se trata entonces de una mutación constitucional (es decir, de una reforma material del precepto constitucional auspiciada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre la concepción de laicidad positiva), que sin duda desborda los límites fijados por el texto del párrafo 3 del artículo 16 de la Constitución Española de 1978 y, en ese sentido, siguiendo el razonamiento del reconocido autor alemán Konrad HESSE, “*todo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución*”<sup>48</sup>, en la medida en que desborda los límites del diseño del Estado laico español.

Un ejemplo de lo anterior sin duda ha sido el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia No. 38/2007 de

46 Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en *Laicismo y Constitución*, op. cit., pág. 52. En este sentido, los acuerdos entre El Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, económicos, enseñanza y asuntos culturales y asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos, fueron firmados el 3 de enero de 1979 y aprobados el 4 de diciembre de 1979.

47 Véase Barrero Ortega A., Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. A propósito de la STC 154/2002 de 18 de julio, op. cit., pág. 326. Cabe mencionar, sin embargo, que el autor se inclina por considerar que dichos acuerdos de cooperación se adecuan al Derecho de la Constitución, dentro de la construcción realizada por el Tribunal Constitucional sobre el principio de laicidad positiva.

48 Véase Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992, págs. 99-103.

15 de febrero, en que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4831-2002, promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (en cuanto al párrafo añadido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), y de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por el Instrumento de 4 de diciembre de 1979<sup>49</sup>.

Así, en esta decisión el Tribunal se sirvió de la noción de laicidad positiva y del mencionado deber de cooperación de los poderes públicos hacia los credos religiosos, para defender con un criterio unánime la legitimidad constitucional de la enseñanza religiosa en la escuela pública, así como el hecho que sea impartida por personas

designadas por una determinada religión, y que el comportamiento de esas personas efectivamente reflejen dichas creencias, más allá del ámbito estrictamente laboral<sup>50</sup>.

Es claro que en esa decisión el Tribunal Constitucional Español ha desconocido el marco inicial de laicidad que en el artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española se establece al proclamar que ninguna confesión tendrá carácter oficial, con lo que la enseñanza igualmente debería ser laica, garantizándose asimismo (y desde luego) el derecho que le asiste a los padres para que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, de acuerdo con el artículo 27 párrafo 3 de la Constitución Española de 1978.

Una opinión distinta a la anterior, sin embargo, ha sido desarrollada por Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, quien defiende la construcción de laicidad positiva utilizada por el Tribunal Constitucional Español en esta sentencia y

49 Un comentario relevante al contenido de esta sentencia puede ser hallado en Llamazares Fernández, D., Contratación laboral de los profesores de religión católica por la administración pública, Comentario a la STC 38/2007 de 15 de febrero, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 80, mayo-agosto, 2007, págs. 267-307.

50 En efecto, en esa sentencia el Tribunal Constitucional Español consideró: "La cuestión no es, por tanto, si resulta o no constitucionalmente aceptable la enseñanza de la religión católica en los centros escolares. Tampoco si la competencia para la definición del credo religioso objeto de enseñanza ha de corresponder a las Iglesias y confesiones o a la autoridad educativa estatal, pues es evidente que el principio de neutralidad del art. 16.3 CE, como se declaró en las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 340/1993, de 16 de noviembre, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de su separación, «introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4). El credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE. Se sigue de lo anterior que también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable".

en otras<sup>51</sup>, con la siguiente argumentación: *"me parece que no hace falta mucho deliberar para concluir en la incompatibilidad entre ese discurso y la interpretación del art. 16 CE que viene haciendo el Constitucional, en especial si el citado precepto constitucional se interpreta en los términos que imponen los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que somos parte, como impone por otra parte el art. 10.2 CE. En pocas palabras: es lógico que quienes defienden una escuela pública laica, un poco al modo francés, manifiesten disconformidad con el pronunciamiento del TC que comentamos, pero deben ser conscientes que ello se debe a que la "laicidad positiva" de que habla el Tribunal está bastante lejos de su versión de la laicidad, nada próxima al art. 16 CE, por cierto<sup>52</sup>".* Esta línea de pensamiento parte sin duda de una interpretación que desconoce el sentido literal del artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española, en cuya virtud las mencionadas relaciones de cooperación deben ser interpretadas bajo el marco o la declaración inicial de laicidad que se establece en esa norma, que justamente exige por parte del Estado un comportamiento neutro o de indiferencia hacia el fenómeno religioso. De lo que se trata entonces es de asegurar a cada individuo el disfrute pleno de su libertad de religión en el escenario de un pluralismo religioso, lo cual sólo es posible respetando los alcances del principio de laicidad en todos sus extremos, como garantía institucional o contrapartida orgánica de la libertad de religión.

En una línea similar y, con respecto a la misma sentencia, Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ considera incompatible frente al principio de laicidad estatal el hecho que las decisiones eclesásticas tengan repercusiones desde el punto de vista jurídico-civiles, como es el caso en el cual las personas designadas para impartir la enseñanza religiosa sean escogidas por la confesión. En palabras del autor: *"no me alcanza que se pueda afirmar que una selección hecha por la Iglesia, que la Administración hace suya, con criterios tales como tener o no tener fe, o tener o no tener un comportamiento acorde con la moral católica, pueda decirse que no implica discriminación alguna y que no rechina con la lógica constitucional de la igualdad del art. 14 en relación con el 9.2, al atribuirse efectos civiles. La "plena autonomía" se convertiría así en una especie de patente de corso para la violación impune de derechos fundamentales y constitucionales<sup>53</sup>".* Es claro que en el supuesto de la sentencia supra mencionada, el Tribunal Constitucional Español ha avalado una situación en la cual claramente ha desconocido los alcances del principio de laicidad estatal, bajo la construcción del principio de laicidad positiva, en los términos en que ha sido proclamado en el artículo 16 párrafo 3 constitucional, para defender la legitimidad de una normativa que francamente es incompatible frente al Texto Fundamental y avalar que la enseñanza religiosa sea impartida por profesores

51 Véase sobre el particular las siguientes decisiones del Tribunal Constitucional Español: 177/96, 46/01 o 154/02.

52 Véase Martínez Sospedra, M., Escuela Pública, Laicidad del Estado y Enseñanza de la Religión. Comentario a la STC 38/2007 de 15 de febrero. La contrarrevolución preventiva, Revista Europea de Derechos Fundamentales, núm 9/1, semestre 2007, pág. 175.

53 Véase Llamazares Fernández, D., Contratación laboral de los profesores de religión católica por la administración pública, Comentario a la STC 38/2007 de 15 de febrero, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 80, mayo-agosto, 2007, págs. 299.

previamente escogidos por una confesión religiosa.

A mayor abundamiento, en el dictamen emitido por el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya (No. 269 de 1 de septiembre de 2009, solicitado por el Parlamento de Cataluña, en relación con el Dictamen de la Comisión de Organización y Administración de la Generalidad y Gobierno Local, sobre la propuesta de Proposición de Ley orgánica por la que se establece el Estatuto de autonomía de Cataluña y se deroga la Ley orgánica 4/1979, del 18 de diciembre, del Estatuto de autonomía de Cataluña) se consideró: *“el laicismo (más bien laicidad) es aquella característica del pensamiento político y social que defiende la independencia del Estado de toda influencia religiosa. El concepto de laico se atribuye a aquella situación que prescinde de la formación religiosa y, de forma más específica, comporta la exclusión de la instrucción religiosa de las escuelas. En el contexto propio de la organización político-institucional de los Estados, la condición de laico es una cualidad recogida expresamente por algunas constituciones para definir los principios en los que se inspira la forma de gobierno que han decidido adoptar. Probablemente, el ejemplo más paradigmático en ese sentido, por su carácter explícito, es el que, sin duda ofrece el constitucionalismo francés y más concretamente el artículo 1 de la vigente*

*Constitución de 1958”*. Lo anterior, teniendo en cuenta la mencionada tensión entre las concepciones liberales y combativas de laicidad (esta última mejor conocida como laicismo) en la tradición francesa, de ahí que en esta investigación consideramos que la mejor manera de asegurar el pluralismo religioso es la primera concepción, en cuanto permite fomentar los niveles de tolerancia adecuados para que las minorías religiosas puedan disfrutar, plenamente, de las libertades aludidas<sup>54</sup>.

De lo expuesto se infiere, con toda claridad, que el principio de laicidad estatal, como presupuesto o contrapartida orgánica de la libertad de religión (aunque también podría ser denominada garantía institucional) no sólo es la única manera de asegurar el pluralismo religioso, sino también la posibilidad de los individuos y de los grupos (con independencia de si son mayoritarios o no en un determinado territorio) de gozar de las distintas vertientes de las libertades aludidas.

Es claro que la idea de laicidad que se propone en esta investigación (desde una perspectiva liberal, que se caracteriza como se ha insistido en la separación y en la indiferencia absoluta entre las Iglesias y los Estados), nos remite a una noción democrática de la sociedad (una sociedad política óptima para las minorías religiosas), es decir: una sociedad abierta, plural, sustentada en la tolerancia y en el

54 En esta línea, el prof. Marc CARRILLO ha considerado: "Todas éstas y otras manifestaciones constitucionales del laicismo se fundamentan en un principio básico: la separación entre el Estado y la religión, que comporta el impedimento a que en la escuela pública se imparta la formación religiosa, con una finalidad especial que pretende evitar que bajo el manto de la libertad de creencias la formación intelectual de la persona se vea impregnada de toda carga de elementos no racionales que conlleva la fe religiosa, hasta el punto de adulterar el pensamiento científico en todos los ámbitos del conocimiento y desnaturalizar la razón, como seña de identidad tangible del ser humano". Véase Carrillo López, M., La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos, en Ferreres Comella, V., Biglino Campos P., y Carrillo López, M., Derechos, Deberes y Principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 77.

reconocimiento de la diversidad y la identidad como valores que contribuyen a redescubrir la idea de bien común<sup>55</sup>.

De ahí que constituye sin duda una obligación de los sistemas democráticos, y en particular del Estado, una vez que en la respectiva Constitución se han configurado las relaciones entre las Iglesias y los Estados bajo el marco de laicidad, de fomentar los niveles de tolerancia adecuados entre los individuos para facilitar la armonía y el pluralismo religioso. En este orden de ideas, el deber de cooperación también es proclamado en el artículo 16 párrafo 3 constitucional del Estado hacia las confesiones religiosas únicamente se refiere al deber estatal de auspiciar la participación y la posibilidad de todos los individuos y las agrupaciones minoritarias de hacer ejercicio de su libertad de religión, sin más limitaciones que las provenientes de los derechos de terceros. Este deber de colaboración existe para el Estado aunque no se encuentre expresamente previsto en la Constitución, en la medida en que está vinculado con el pleno disfrute de la libertad de religión y sus distintas vertientes.

Una de las maneras en que el Estado puede satisfacer dichas exigencias de colaboración consiste sin duda alguna en la implementación de programas y planes educativos donde predominen determinados valores como la igualdad, la inclusión, la integración, la tolerancia y el respeto de la dignidad de cada ser humano viviente, en el marco de una enseñanza laica. De

esta manera y, en palabras de ROJAS BUENDÍA, *“el papel de una educación laica consiste, precisamente, en incorporar un nuevo concepto de ciudadanía, emancipada e incluida, en la propia sociedad plural o sociedad abierta, en la cual, sencillamente, es donde la ciudadanía y la convivencia se convierten en fundamentos de una educación que está al servicio de la autonomía y de la libertad de todos sus ciudadanos. Desde este punto de vista se entiende que la educación pueda interpretarse no sólo desde una perspectiva académica sino también formativa en unos valores éticos que contribuyen a la formación integral de cada individuo. Ya que la educación y la integración son valores directamente relacionados con los principios de laicidad y de igualdad. Por ello, la educación para la ciudadanía es un proyecto inmediato, en cuanto consecuencia de la integración del principio de laicidad-derechos humanos”*<sup>56</sup>.

Desde esta perspectiva, a todas luces es evidente que la asunción de los valores que supone la proclamación constitucional del principio de laicidad no puede ser efectiva, si no es implementada en la sociedad mediante políticas que tiendan a fomentar la tolerancia de los individuos y el respeto del pluralismo religioso, lo cual asimismo es indispensable para asegurarle a toda persona el pleno goce de la libertad religiosa.

Lo anterior, admitiéndose desde luego el alcance universal de los derechos fundamentales, así como su condición de

55 Véase sobre el particular Rojas Buendía, M., La laicidad como principio fundamental de participación de las minorías religiosas en la sociedad intercultural, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 6, julio, 2007, pág. 81.

56 Véase Rojas Buendía, M., La laicidad como principio fundamental de participación de las minorías religiosas en la sociedad intercultural, op. cit., págs. 85-86.

inherentes a todo ser humano viviente, a partir de la adscripción de la dignidad humana. En este sentido, si bien en defensa del principio de laicidad estatal se ha llegado a la emisión de normativa distinta con respecto al uso del velo islámico y de simbología religiosa en Francia y en Turquía, por mencionar algunos ejemplos<sup>57</sup>, de ningún modo es posible soslayar que las vertientes de la libertad de religión tienen un contenido unívoco (el mismo), aunque sean desarrolladas por el Legislador de manera distinta en su caso, o bien los Tribunales Constitucionales, al efectuar el juicio de ponderación como herramienta de aplicación de este derecho frente a otras libertades y principios fundamentales (como lo es el de laicidad) arribe a conclusiones distintas.

En este sentido, si negamos el carácter universal de los derechos, como ciertamente lo ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al utilizar el criterio del margen de apreciación para relativizar el alcance de estas libertades, en el fondo admitimos que la persona afectada sea despojada de su dignidad personal (al quedar impune la vulneración de sus derechos fundamentales), y que sean utilizadas como *meros instrumentos* para la consecución de determinados fines, como lo hemos adelantado al inicio de esta investigación.

De ahí justamente que la protección de la libertad religiosa continúe siendo la herida abierta en la tutela de los derechos fundamentales en el escenario europeo, lo cual no parece tener remedio todavía (al menos en el corto plazo) sobre todo si se examina con detenimiento los conflictos que se han producido recientemente en Francia, con motivo de la utilización de simbología religiosa próxima al Islam, como es el caso de la *burka* o *burqa* (del árabe, غقرب), o del velo, sobre lo cual ya nos hemos referido.

Cabe preguntarse sobre el particular si el uso por parte de una mujer de esta vestimenta alusiva al Islam significa conferirle con respecto al varón un trato discriminatorio contrario a su dignidad personal, o si se debería permitir que, en el goce y disfrute de su vertiente externa de la libertad religiosa, pueda utilizar dicha prenda. En todo caso, lo que nos parece universalmente malo, o equivocado, es que dicha prenda sea impuesta en contra de la voluntad de la mujer para evidenciar, desde esa perspectiva, un carácter de inferioridad con respecto al hombre. Son distintos, desde todo punto de vista, los casos en los cuales la mujer de manera conciente y voluntaria decida, en el marco de su libertad de culto, vestir dicha prenda. En este escenario, y en el seno de una sociedad que se ha proclamado laica,

nos parece indispensable una educación que asuma o parta de ese carácter (de laicidad) para que las mujeres puedan decidir, en cualquier parte del mundo o de manera universal, si utilizar o no dicha prenda alusiva al Islam.

Es claro que únicamente en este escenario no sólo se ha respetado la dignidad de la persona humana viviente (que, como hemos expuesto, ha servido de base al goce de la libertad religiosa), sino también se ha propiciado o facilitado los niveles de tolerancia necesarios para asegurarle a cada persona o agrupación el pleno goce de sus

libertades, en el diseño de una sociedad de pluralismo religioso.

En este sentido se debería entonces interpretar lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 16 de la Constitución Española de 1978, es decir, en uno absolutamente restringido, a partir de la proclamación inicial de laicidad que se ha hecho en esa norma. Más allá de este marco, es preciso insistir, en el fondo lo que se hace es desconocer el sentido literal de esta disposición, como ciertamente lo ha hecho ya el Tribunal Constitucional Español con el artificio de la laicidad positiva.

<sup>57</sup> Sobre el particular, Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ nos ha explicado que: "resulta significativo el caso del uso del pañuelo islámico (hijab), que ha dado lugar a sendas leyes en sentidos contrapuestos en estados laicos, como son Francia y Turquía. En efecto, la Ley n 2004-228 de 15 de marzo de 2004 estableció en Francia la prohibición de llevar símbolos religiosos en las escuelas públicas francesas. En la norma se reconcen las conclusiones de la Comisión Stasi que habían suscitado las críticas tanto de la Iglesia Católica, contraria a una ley que regulase la materia, como de los musulmanes que se sentían estigmatizados. El 9 de febrero de 2008, el Parlamento Turco votó la reforma constitucional que supondrá añadir a los arts. 10 y 42 de la Carta Magna dos incisos del siguiente tenor: "El Estado actuará de acuerdo con el principio de igualdad en el ofrecimiento de servicios públicos", y "Nadie puede ser privado del derecho a la educación bajo ninguna razón ( ). En cualquier caso, lo que aquí interesa destacar es cómo, a partir de un régimen de laicidad, se pueden llegar a soluciones opuestas" Véase Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, op. cit., pág. 20.

# ¿UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA”? COMENTARIO DE LA SENTENCIA NÚMERO 200-F-S1-2012 DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

*M. Sc. Yuri López Casal  
Máster en Derecho Civil (Heidelberg)*

## **1. Introducción**

El artículo 35 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472 de 20 de diciembre de 1994 publicada en La Gaceta número 14 de 19 de enero de 1995, definitivamente se ha convertido en una auténtica “caja de Pandora” dentro del Ordenamiento Jurídico costarricense. Su desmedida e indiscriminada aplicación por parte de los operadores jurídicos ha provocado un sinnúmero de nuevos temas y problemas tales como, por ejemplo, el plazo de prescripción aplicable, la interpretación del concepto jurídico “ajenidad del daño”, así como su interrelación con otros regímenes jurídicos de responsabilidad civil regulados en el Código Civil y en la Ley General de la Administración Pública.

Desde la perspectiva del Derecho Procesal, el numeral precitado también ha provocado la discusión y análisis, a nivel doctrinario y jurisprudencial, sobre el principio de congruencia que debe cumplir toda resolución judicial (y, por antonomasia, la sentencia). Concretamente, el artículo 35 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa

Efectiva del Consumidor, número 7472 de 20 de diciembre de 1994 publicada en La Gaceta número 14 de 19 de enero de 1995, ha traído a colación el tema de la aplicación del llamado principio “iura novit curia” en la operación intelectual de subsunción normativa que debe realizar el Juez cuando emite su veredicto. Antes de la sentencia número 200-F-S1-2012 de las 9:40 horas del 16 de febrero de 2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Primera de casación mantenía lo que se puede denominar una posición tajante y rígida, de acuerdo con la cual el Juez puede dictar su sentencia con base en un fundamento jurídico distinto del que hubieran invocado las partes del proceso y esa posibilidad legal no configuraba el vicio de la incongruencia (al respecto se puede consultar la sentencia número 82-F de las 14:15 horas del 22 de febrero de 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). Por el contrario, en la sentencia que se comentará en este breve trabajo, la Sala Primera de Casación matiza esa posición tajante y rígida y analiza la aplicación del principio “iura novit curia” a la luz de otro principio esencial que informa todo el Ordenamiento Procesal costarricense, cual es el debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

## 2. El caso concreto

El caso que dio origen a la sentencia número 200-F-S1-2012 de las 9:40 horas del 16 de febrero de 2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se encuentra claramente sintetizado en el Considerando primero de ese veredicto, cuyo texto es el siguiente:

“I. El 29 de agosto de 2008, la señora M. C. constituyó en la agencia del B. N. C. R., ubicada en San Juan de Tibás, el certificado no. ... por la suma de \$15.001,66 y cuya fecha de vencimiento era el 29 de setiembre de ese mismo año. El 17 de setiembre se apersonó a esa misma agencia una persona quien, suplantando la identidad de la señora R, solicitó hacer efectiva la inversión en forma anticipada. Posteriormente, el 24 de setiembre, la titular original del certificado, presentó una denuncia ante el OIJ por cuanto el certificado en cuestión había desaparecido de su casa de habitación y había sido cobrado. En virtud de lo anterior, y alegando que el intermediario financiero incurrió en una falta a su deber de cuidado por no tomar las medidas de seguridad necesarias para evitar ese tipo de acciones, solicitó el reintegro de \$15.001,66, los intereses legales desde la fecha de emisión del certificado hasta la efectiva cancelación, daño moral (rubro que fue cuantificado durante la audiencia de juicio en la suma de ¢5.000.000,00), así como ambas costas. La entidad bancaria se opuso y formuló las defensas de falta de derecho, interés actual y legitimación (tanto activa como pasiva), así como culpa de la víctima y hecho de un tercero. Dichas excepciones fueron rechazadas por el Tribunal, el cual declaró con lugar la demanda, y condenó al Banco al reintegro del capital más los

intereses, calculados a una tasa del 2,75% anual y al pago de ¢1.000.000,00 por concepto de daño moral, así como ambas costas del proceso. Acude en casación la representación legal del B. N. C. R.”

### 3. Flexibilización del principio “iura novit curia” basada en los principios del debido proceso y del derecho de defensa en juicio.

Como se indicó en la introducción de este ensayo, la jurisprudencia tradicional de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha estatuído que el Juez, con base en el principio “iura novit curia”, tiene a su disposición todo el Ordenamiento Jurídico para darle solución al caso sometido a su conocimiento y decisión jurisdiccional, independientemente de si el fundamento jurídico de su sentencia coincide o no con el que invocaron las partes procesales, pues la congruencia se cumple a cabalidad en la medida en que el Juez respete los hechos de la demanda, la contestación de esos hechos, por parte del demandado, las pretensiones materiales deducidas y las excepciones planteadas por el sujeto pasivo de la demanda. No es, por tanto, motivo de incongruencia de la sentencia, el hecho de que el Juez emita su veredicto con base en un fundamento jurídico diferente del que hubiesen invocado las partes del proceso. En una reciente sentencia, la número 7-F-S1-2012 de las 9:05 horas del 12 de enero de 2012, la Sala Primera de la Corte ratificó lo anteriormente expuesto, de la siguiente manera:

“Recurso de casación por razones procesales. II. Se trata de un único agravio. La sentencia impugnada, alega, incurre en el vicio de incongruencia, toda vez, que

resuelve sobre aspectos no deducidos, debatidos ni solicitados en forma expresa por la actora. Esto ocurre, dice, en el momento cuando el Ad quem le imputa a su representada responsabilidad objetiva, a la luz del artículo 35 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no. 7472, aspecto que no fue debatido ni acusado por la actora en su escrito de demanda. Ésta, asevera, fundamenta sus pretensiones en el artículo 41 de la Constitución Política, en relación con los numerales 21, 1045 y 1048 del Código Civil. Además, agrega, no justificó su reclamo en su condición de consumidora, ni alega a su favor la aplicación de la Ley no. 7472. El vicio alegado, expresa, coloca en una grave indefensión a la Asociación, pues no tuvo oportunidad de combatir la responsabilidad objetiva que se le atribuye, la cual nunca fue alegada ni usada como fundamento de la demanda. El Tribunal, recrimina, le achaca a su representada no haber probado la única eximente que permite el referido canon 35, sea, ser ajena al daño. De tal forma, manifiesta, acusa violados los artículos 632, 704 y 1048 del Código Civil, en el tanto que la actora reclamó la existencia de una responsabilidad de tipo civil y el Ad quem, resolvió sobre una responsabilidad de tipo objetivo, al aplicar el precepto 35 de la Ley no. 7472. III. Esta Sala, desde vieja data, y de forma reiterada, ha indicado que la incongruencia, en esta materia, estriba en la falta de relación entre lo pedido por las partes, no a lo largo del proceso, sino en sus escritos de demanda o contrademanda, como en sus respectivas contestaciones, y lo resuelto en el fallo; no porque en éste se decida algo diferente a lo querido por los litigantes, sino porque se omite pronunciamiento sobre algún extremo sometido a debate, o se otorga más de lo pedido, o porque lo

resuelto no guarda correspondencia con lo pretendido, o porque contiene disposiciones contradictorias. Dicho en otros términos, no hay incongruencia entre las consideraciones de la sentencia y lo resuelto en la parte dispositiva. Luego de contrastar lo pedido por las partes en sus respectivos memoriales de demanda y contestación, con lo resuelto por los juzgadores de segunda instancia, este órgano jurisdiccional arriba a la conclusión de que el yerro alegado no se produce. El Ad quem según se indicó en el considerando I de esta sentencia, revocó el fallo del A quo, únicamente en cuanto denegó el daño moral pretendido. En su lugar, condenó a la accionada al pago de la suma de ¢3.000.000,00 por ese concepto, más los intereses legales generados por esa suma desde la firmeza de la sentencia y hasta su efectivo pago. En todo lo demás confirmó. Es decir, fueron resueltas, aunque contrario a sus intereses, en su mayoría, las pretensiones formuladas por la parte actora. En segundo lugar, el meollo del agravio de mérito estriba en que los juzgadores de segunda instancia, acogieron el reclamo del daño moral causado con fundamento en el artículo 35 de la Ley no. 7472 y no en la normativa en que sustentó sus pretensiones la actora. Tal situación, contrario a lo afirmado por el casacionista, no configura error procesal alguno, ni coloca en estado de indefensión a la parte. Se trata de la aplicación del principio “iura novit curia”. Tal y como ha dicho esta Sala: “VI. (...) El cumplimiento del cometido esencial que le ha sido confiado al juzgador (tutela judicial efectiva y justicia pronta y cumplida), le permite y obliga solucionar las causas judiciales, utilizando para ello la totalidad del Derecho (que debe conocer), sin que esta tarea esté condicionada o sujeta a los fundamentos que presenten las partes, pues bien puede hacer uso de

otros no invocados, cuando considere que resulten atinentes al caso, conforme a la calificación jurídica que haya dado a los hechos acreditados y siempre que ello no implique desconocer lo pedido por exceso, defecto u omisión. Así visto, las exigencias derivadas del principio de congruencia no son incompatibles con la regla *iura novit curia*, siendo que los Tribunales pueden basar sus fallos en mandatos jurídicos distintos de los aducidos por las partes, siempre que sean atinentes a los hechos y no rebalsen los bordes infranqueables de las pretensiones materiales (que no formales). Más simple, el juez tiene a su mano la totalidad del Ordenamiento Jurídico para resolver el conflicto debatido y, salvo lo exceptuado en cuanto a las pretensiones y los hechos constitutivos de la demanda, según se expuso, podrá aplicar la normativa que considere pertinente al caso concreto, sin estar atado a las omisiones ni errores en los cuales pudieran incurrir las partes al invocar los textos legales en su defensa. Por lo mismo, una modificación del fundamento jurídico, en tanto no determine un cambio de la pretensión misma, no puede en el proceso civil ser implicative de incongruencia” (no. 301-F-2007, de las 11 horas 15 minutos del 26 de abril de 2007). En el hecho 12 de la demanda, el padre de la actora estableció: “Mi hija es una persona sumamente joven, estudiante, con toda una vida por delante, con aspiraciones muy al alcance de sus capacidades intelectuales, mi hija se caracteriza por ser una persona muy resuelta respecto de sus cosas, que demuestra mucha determinación y que hace hasta lo imposible por cumplir sus metas; por ello, dado que la demandada no ha mostrado la más mínima intención de solventa (sic) la situación de mi hija; es que me estoy apersonando en procura de Justicia (sic) pues considero

Justo (sic) que mi hija sea indemnizada adecuadamente, cómo es posible que cualquier niño o adolescente se apersona al Parque Nacional de Diversiones a disfrutar sanamente y se supone de forma segura de una atracción y de sufrir un percance en donde salga lesionado nadie le responda y todos se hagan de la vista gorda; el Parque Nacional de Diversiones es una EMPRESA MERCANTIL que su finalidad es el LUCRO, su actividad genera riesgo y ese riesgo debe asumirlo de forma responsable, estamos en presencia de una actividad lucrativa, per se riesgosa, de manera que quien la explote debe asumir el riesgo y la responsabilidad objetiva de su actividad”. (El subrayado no es del original). De la transcripción anterior se desprende, que si bien la accionante fundamenta sus pretensiones en el artículo 41 de la Constitución Política, en relación con los numerales 21, 1045 y 1048 del Código Civil, es lo cierto que lo fue sobre la base de la responsabilidad objetiva. No es cierto, entonces, que el Tribunal colocó en una grave indefensión a la Asociación, pues ésta sí tuvo oportunidad de combatir la responsabilidad objetiva que se le atribuye, ya que sí fue alegada y usada como fundamento de la demanda. No se trata, entonces, de la introducción de un hecho nuevo modificativo de la causa petendi, que vulnere los principios de congruencia, contradicción y defensa. El cambio del punto de vista jurídico en relación con la acción emprendida, no es más que el ejercicio de la facultad del juzgador de elegir la norma jurídica más apropiada al caso controvertido, aunque no viniera invocada. No incurrió el Tribunal, entonces, en el vicio invocado, al acudir al artículo 35 de la Ley no. 7472 para resolver el conflicto de intereses sometido a su consideración, en consecuencia, deberá rechazarse el cargo”.

En la sentencia objeto de este trabajo, sea la número 200-F-S1-2012 de las 9:40 horas del 16 de febrero de 2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se hace una importante matización y flexibilización de la posición tradicional imperante en cuanto al significado y alcances del principio “*iura novit curia*”, porque en el veredicto se sugiere que la variación del fundamento jurídico invocado por las partes del proceso para imponer la obligación de pagar daños y perjuicios podría afectar la teoría del caso del demandado y causarle indefensión.

En efecto, en el caso concreto resuelto por la Sala Primera de Casación en la sentencia 200-F-S1-2012 de las 9:40 horas del 16 de febrero de 2012, se dio la situación de que la pretensión de pago de los daños y perjuicios pedidos por el actor que sufrió el hurto o robo de su certificado de depósito a plazo se basó en el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, norma que, como es bien sabido, establece un régimen de responsabilidad civil de tipo objetivo. Por el contrario, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, no se basó en esa norma jurídica (aunque la citó expresamente) para resolver el caso sino que, por el contrario, fundó la responsabilidad civil de la entidad bancaria demandada en un actuar culposo cometido en el pago del certificado de depósito a plazo hurtado o robado. En el Considerando X de la sentencia bajo comentario, la Sala Primera de casación deja en evidencia esta contradicción en los siguientes términos:

“X. Las anteriores precisiones resultan relevantes en el presente caso, toda vez que el análisis del Tribunal, a pesar de la cita al artículo 35 de la Ley del Consumidor, norma que sirvió además de basamento de la

demanda planteada, fundó la responsabilidad de la entidad bancaria en un actuar culposo en el pago del certificado de depósito a plazo. Dice dicho órgano jurisdiccional: “Por todo lo expuesto, considera esta Tribunal que en la especie el B. N. C. R. actuó con negligencia, lo que conlleva a culpa de dicha entidad en la lesión acaecida y que, en aplicación del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley número 7472, de aplicación a la especie según los artículos 2 y 31 de la misma norma, establece la culpa como criterio de imputación del instituto de la responsabilidad objetiva de los entes que suministran servicios [...]”. Esta variación, dada su incidencia en el deber probatorio y en la teoría del caso del demandado, podría generar, según el desarrollo del proceso, una eventual indefensión, toda vez que al haber sido planteada la demanda bajo un esquema objetivo, la parte demandada no se encontraba en la necesidad de aportar elementos probatorios que desvirtuaran la culpa (o lo que es lo mismo, acreditar la diligencia), aunque, eventualmente, pudiera contar con ellos, sino únicamente las causas eximentes de la responsabilidad. Sin embargo, en el caso concreto este análisis resulta ocioso, dado que la prueba aportada al proceso por la parte accionada procura acreditar que en el pago del certificado de depósito a plazo se dio un funcionamiento normal por parte del Banco, es decir, que el demandado incluyó dentro de su defensa del caso elementos demostrativos para acreditar su actuar diligente. Ello descarta la existencia de una eventual indefensión. Por lo anterior, el yerro apuntado no es óbice para la declaratoria de responsabilidad, siendo necesario, entonces, proceder a analizar la indebida valoración de la prueba que fue alegada respecto a la culpa”.

De lo transcrito anteriormente se colige que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por primera vez en mucho tiempo, reconoce que la variación del fundamento jurídico invocado por las partes del proceso puede afectar su teoría del caso, causarles indefensión y lesionar su derecho de defensa, legal y constitucionalmente consagrado. En el caso concreto del hurto o robo del certificado de depósito a plazo, la parte actora citó e invocó, como fundamento jurídico de su pretensión de pago de daños y perjuicios, el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Por consiguiente, de manera libre y voluntaria, eligió un régimen de responsabilidad civil objetivo, en el cual el dolo y la culpa no son criterios de imputación de ese tipo de responsabilidad civil. El banco demandado, al contestar la demanda, adquiere conocimiento de los hechos y pretensiones del actor, analiza el fundamento jurídico en el cual el demandante basó su petición de pago de daños y perjuicios y, con base en el texto completo de la demanda, diseña su estrategia de defensa la cual incluye, por supuesto, las razones fácticas y jurídicas por las cuales, en su criterio, no se configuran los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil objetiva del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor o bien concurre alguna de las causales eximentes de responsabilidad civil objetiva que ese mismo numeral establece de manera taxativa. Por todo lo anterior, en el caso que resolvió la Sala Primera de Casación, definitivamente sí se configuró incongruencia del veredicto emitido por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, porque éste le impuso al banco demandado la obligación de pago de daños y perjuicios por la existencia de un actuar culposo de sus funcionarios en

el pago del certificado del depósito a plazo que le había sido sustraído al actor. Es decir, fundamentó su decisión con base en un criterio de imputación (la culpa) que no pertenece al régimen de responsabilidad civil de tipo objetivo que establece el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. La culpa no es criterio de imputación jurídica de la responsabilidad civil objetiva que contempla esa norma jurídica. Por el contrario, la culpa o el dolo son criterios de imputación jurídica de la responsabilidad civil subjetiva de tipo contractual o extracontractual que regulan, respectivamente, los numerales 702 y 1045 del Código Civil. En consecuencia, puede válidamente afirmarse que la sentencia de segunda instancia varió el fundamento jurídico invocado por el actor en su demanda y le impuso la obligación de pago de daños y perjuicios al demandado con base en normas que, en el fondo, forman parte del régimen jurídico de la responsabilidad civil contractual, el cual, en términos generales y salvo que se tratara de obligaciones de resultado, es de tipo subjetivo y, por consiguiente, los criterios de imputación son la culpa o el dolo, de conformidad con el numeral 702 del Código Civil. La carga de la prueba de los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil contractual que establece el artículo 702 del Código Civil (que le corresponde al actor) y la prueba de las causales eximentes de ese tipo de responsabilidad civil de naturaleza subjetiva (que le corresponde al demandado) son muy diferentes de sus homólogos estatuidos por el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Con base en lo expuesto, se causa indefensión y se lesiona gravemente el derecho de defensa del demandado, si el

actor fundamenta su pretensión resarcitoria en un determinado régimen jurídico de responsabilidad civil y los tribunales de justicia estiman (o sea, declaran con lugar) tal petición con base en normas jurídicas distintas, las cuales el demandado no conocía en el momento en que le fue notificada la demanda. Todo esto conduce a la conclusión de que la aplicación procesal del principio “iura novit curia” no puede ser tan absoluta, omnímoda y radical como lo sostenía la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia antes de su sentencia número 200-F-S1 del año 2012. Es, pues, de vital importancia, la reconsideración y el replanteamiento del principio “iura novit curia” que pareciera que está realizando la Sala Primera de Casación a la luz del debido proceso y del derecho de defensa en juicio que la Constitución Política y las normas de rango legal garantizan a todos los ciudadanos costarricenses y extranjeros que figuran como parte en los procesos judiciales, en los cuales se debaten las siempre interesantes pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios que encuentran sustento en los diferentes tipos y regímenes jurídicos de responsabilidad civil del Ordenamiento Jurídico patrio.

#### **4. Consideraciones finales**

La lectura y estudio de la sentencia número 200-F-S1-2012 de las 9:40 horas del 16 de febrero de 2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia permite concluir que ese alto tribunal de casación ha matizado y flexibilizado la posición rígida y tajante que tenía sobre la aplicación del

principio “iura novit curia” en el ámbito procesal. Con el veredicto comentado, se abren las puertas para analizar, de manera conjunta y equilibrada, los dos grandes principios que colisionan en los procesos judiciales de responsabilidad civil: el derecho de resarcimiento total e integral del daño para el damnificado y el derecho de defensa del sujeto a quien se le atribuye la causación de la acción u omisión dañina. No es posible, bajo ninguna circunstancia, sacrificar uno de los dos para privilegiar o beneficiar al otro. Por ello, al ser la demanda una de las manifestaciones del principio dispositivo, el damnificado debe plantearla y estructurarla de modo claro, completo y coherente y producto de ese estudio analítico y meditado, debe exponer cuál es el fundamento jurídico o los fundamentos jurídicos que, según él, respaldan su pretensión resarcitoria. De ese modo, cuando el demandado tenga pleno conocimiento del texto de la demanda y sepa cuáles son los hechos, las pretensiones, las pruebas y el fundamento jurídico invocados por el actor, podrá ejercer, con plenitud y certeza, su derecho de defensa y sabrá qué y cómo debe probar sus argumentos defensivos y excepciones y de qué manera puede y debe desvirtuar los hechos, pretensiones y el fundamento jurídico alegados por el demandante. Bajo ninguna circunstancia los Tribunales de Justicia pueden, con base en una concepción unidimensional, cerrada y tajante, utilizar el principio “iura novit curia” para estimar, a toda costa y sin importarles en lo más mínimo el derecho de defensa del demandado, las pretensiones resarcitorias deducidas por las personas que hubiesen alegado ser víctimas de eventos dañinos.

# LA DEROGACIÓN TÁCITA DEL ARTÍCULO 871 DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL PREDOMINANTE

*Lic. Carlos Manuel Estrada Navas*<sup>(\*)</sup>

## RESUMEN

Algunas Salas de Casación de Costa Rica han entendido que el artículo 871 del Código Civil fue tácitamente derogado por el Código Penal. Así lo publican algunos de los códigos de uso frecuente que se publican en nuestro país. Tal interpretación es discutible a la luz de los parámetros que se exponen y de los criterios de otras instancias judiciales y administrativas.

**Palabras clave:** derogatoria tácita, prescripción, norma especial, norma excepcional, norma posterior

## INTRODUCCIÓN

Un tema que se hace en ocasiones complicado para los operadores jurídicos (profesores de Derecho, estudiantes, jueces, abogados litigantes, asesores legales en general) es tener la certeza y seguridad de que determinado texto normativo se encuentra, o no, vigente.

En el caso del artículo 871 del Código Civil, una rápida revisión de dos de las

versiones comercialmente disponibles en nuestro medio así como de la versión digital pública “en línea”, nos generan una gran duda acerca de si está o no vigente. En efecto, si consultamos El Código civil 2012 (de PUBLICACIONES JURIDICAS) nos ofrece el texto del artículo (que resulta ser el mismo surgido de nuestro Parlamento en el año 1886) así: “*Artículo 871.- Las acciones civiles procedentes de delito o cuasi-delito se prescriben junto con el delito o cuasi-delito de que proceden*”. Pero, si consultamos en cambio el Código Civil, actualizado, concordado y con jurisprudencia (también de 2012; obra preparada por el Profesor don Olman Arguedas), encontramos la advertencia al pie del referido artículo 871 de que “*se tiene por derogado por el artículo 96 del Código Penal*” y se indica que así se dispuso por la Sala Tercera en el voto 2002-00861 y por la Sala Primera en el voto 2003-00482, ambas Salas de Casación, en lo Penal y en lo Civil respectivamente, de nuestra Corte Suprema de Justicia. En la versión digital del Código civil 2013 (SINALEVI), no se dice que el artículo 871 esté derogado, pero la jurisprudencia relacionada que cita incluye, además de otros pronunciamientos judiciales, las

(\*) ExMagistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2007-2011)  
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, desde 1984  
Miembro de la Cátedra de Derecho Privado de dicha Facultad desde 1985  
Correo eléc.: [cestrada@abogados.or.cr](mailto:cestrada@abogados.or.cr)

sentencias referidas de las Salas Tercera y Primera (en adelante, permítasenos usar la expresión, las “*sentencias derogacionistas*”, esto es, que siguen la tesis de la derogación tácita de dicho artículo).

## **DEROGACIÓN TÁCITA DE LEYES**

Podemos acercarnos a la cuestión planteada constatando, en primer término, que la Constitución Política establece como atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa, entre otras, la derogación de leyes.

Así el inciso 1 del artículo 121 de la Constitución Política, establece que:

“*Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, **corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:***

1) *Dictar las **leyes**, reformarlas, **derogarlas** y darles interpretación auténtica ...”*

(los destacados, en negrita, son para resaltar partes de las citas de ésta y otras citas que se hacen a lo largo de la presente investigación)

Ni las fuentes revisadas hacen sospechar, ni las bases de datos referentes a la legislación nacional consignan tampoco, que el artículo 871 del Código Civil haya sido expresamente derogado por alguna ley emanada de la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, la misma Constitución Política establece la regla de que una ley posterior sí puede derogar una ley previa pues el artículo 129 de la magna norma, en lo que interesa, dispone:

“*Las leyes son obligatorias y surten efectos ... Nadie puede alegar ignorancia de la ley, ... **La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referendum el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución***”

De la redacción de las disposiciones constitucionales transcritas, se aprecia que no se restringe la posibilidad de que la ley posterior derogue de modo expreso o tácito la ley previa, lo cual además parece ser una exigencia lógica de cualquier sistema coherente, para evitar contradicciones o inconsistencias (**Principio lógico de no contradicción**). Queda entonces abierta la posibilidad de que una ley posterior derogue a una ley previa, y tal derogatoria puede ser expresa o tácita. Debe entenderse, desde luego, que la posteridad de la ley derogatoria respecto de la ley derogada es *condición necesaria mas no suficiente* y sería, en este sentido, una buena práctica legislativa que la ley posterior expresamente hiciese referencia a las leyes que modifique, afecte, o derogue y una no tan sana práctica legislativa sería, en cambio, la remisión genérica, utilizada con frecuencia por el Legislador, mediante la frase de cajón de que “*asimismo se derogan las demás leyes que se opongan a la nueva ley*”. La otra *condición necesaria*, en nuestro criterio, para que opere la derogación tácita, es que la nueva norma haga incompatible, formal y sustancialmente respecto del nuevo estado normativo creado por la posterior, la vigencia de la norma antigua. Tal sería el caso, por ejemplo, de los países donde hubo esclavitud y su abolición se dio mediante ley ordinaria (si hubiera sido por norma constitucional, la derogatoria no habría

sido tácita sino que derivaría simplemente de la potencia y jerarquía características de todo sistema normativo donde la norma de inferior rango no puede contradecir a la superior) pues evidentemente, aunque la ley abolicionista hubiera omitido decirlo, su entrada en vigencia ha de implicar necesariamente la derogación de las leyes ordinarias que regulaban temas anejos a la esclavitud (matrimonio de esclavos, manumisión, filiación, y similares).

Pensamos, por nuestra parte, que si la norma antigua admite alguna interpretación razonable que le permita mantener su vigencia, aun a la luz del nuevo estado normativo creado por la norma posterior, entonces debería preferirse el considerar que sigue vigente de acuerdo a esa diversa interpretación. De otro modo dicho, por razones de Seguridad Jurídica, estimamos preferible considerar que la derogación tácita por ley posterior debe verse restrictivamente máxime que el Legislador no pronunció expresamente la decisión de derogarla. La primera opción heurística, ante el silencio del Legislador, en línea de principio sería que no quiso derogar la norma antigua al promulgar la nueva.

No decir, expresamente, que la ley nueva deroga determinada norma anterior, es desde luego un caso de omisión del Legislador, es un silencio que puede ser intencional o no. La interpretación de este silencio, puede ser difícil, tanto como el polémico tema de las lagunas legislativas:

“... en la cuestión de las mal llamadas *lagunas* (puesto que su noción geográfica no se corresponde con la de vacío) del derecho o, mejor dicho, de la ley, es decir, con el *silencio del legislador* frente a determinada

situación, o como prefiere Couture, ante el *caso no previsto*. En este punto, procede, a mi entender, diferenciar dos supuestos distintos, ante los cuales el intérprete, o más exactamente, el integrador de la norma debe conducirse de modo diverso: el de *exclusión deseada* (que no puede ser suplida por aquél) y el de omisión involuntaria (que *debe serlo*). “(ALCALA-ZAMORA, *Estudios*, p.23)

## **CÓDIGOS PUBLICADOS A LO LARGO DE LOS AÑOS**

Un aspecto que llama la atención a lo largo de una revisión de los principales códigos disponibles para consulta, parte del acervo de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, otros de nuestra colección privada, y algunos de los textos comercialmente disponibles en el mercado, a que tuvimos acceso, es que el artículo 871 del Código Civil desde el momento de su publicación original en 1886 y vigencia inicial en 1888, es de los artículos que más ha motivado a los juristas, editores e interesados a señalarle comentarios y notas.

Así, destacamos que la edición del Código Civil preparada por Víctor Guardia y Alejandro Alvarado, que vio la luz en 1910, daba como concordancia del artículo 871 la sentencia de casación de 3 horas 11 p.m. de 6 diciembre 1907 (que no se relaciona con nuestro tema específico).

Muy curiosa es la nota del Código Civil editado por la Imprenta Atenea en 1949 (anecdóticamente aun más curioso, si se quiere, pues el ejemplar que pudimos consultar en la Biblioteca de nuestra Facultad, perteneció y lleva las anotaciones del ilustre jurista nacional don Antonio Picado

Guerrero), que conviene transcribir: “(22) *Art.218 C.P.Respecto a responsabilidad de los funcionarios judiciales, se extingue al año (Art.658 C.P.P.) La extinción de la acción penal no extingue la civil, ni la suspensión de pena o la concesión de una gracia afectan esa reparación: Arts. 96, 138 y 157 C.P. y art.52 inciso 4º C. de P.; art.27 C.P.P.*” El comentario es notable, pues la concordancia del derecho penal es muy similar a la que, bajo la legislación punitiva hoy vigente, originó la tesis judicial acerca de la derogatoria tácita del artículo 871 que veremos.

Muchas ediciones del Código Civil que han circulado en nuestro país, con notas, concordancias o comentarios respecto de otros artículos, mantienen un absoluto silencio cuando dan el texto del artículo 871 (el lector de esos códigos, no tendrá pues el menor indicio acerca de la posibilidad de una derogatoria tácita del mismo). Reseñamos que es el caso de los siguientes códigos civiles: el de 1962 publicado en Madrid, a cargo de Hector Beeche y Fabio Fournier (consultado también en la Biblioteca de nuestra Facultad, ejemplar que perteneció a otro ilustre jurista nacional, don Carlos José Gutiérrez), el de 1972 preparado por Carlos Salazar Gamboa, la edición de 1974 preparada por la Asociación de Estudiantes de Derecho, los de 1977 y reediciones, preparados por Atilio Vincenzi (con los que nos correspondió estudiar en nuestros años de estudio como alumnos), el de 1991 preparado por don Gerardo Trejos, y el de 1998 de la Editorial de Investigaciones Jurídicas.

En un orden cronológico, debe señalarse que para el año 1999 comienza a circular en nuestro foro nacional una versión no del Código Civil sino del Código Penal (la preparada por Ulises Zúñiga) donde se expresa la idea de que el artículo 96 del

Código Penal derogó el artículo 871 del Código Civil. Dice así:

“ *‘Artículo 96: El otorgamiento de la amnistía, el indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no afectan la responsabilidad civil ni el comiso. La extinción de la acción penal y de la pena no producen efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito. ‘ Concordancias: Sobre reparación civil y comiso, ver arts.103 y 109 C.P. Sobre Prescripción de la Acción Civil, ver art.871 C.C., **que –a nuestro juicio- fue derogado implícitamente por el párrafo segundo del presente artículo (norma especial posterior).**” (ZUÑIGA, Código Penal, 1999)*

Hasta donde hemos logrado hallar, esta fue la primera vez que semejante criterio aparece publicado, curiosamente no en una edición del Código Civil, que sería el afectado, sino más bien del Código Penal (que se postula, según el comentarista de cita, haber sido la norma supuestamente derogante). La redacción aquí transcrita se reproduce, sin cambios, en la versión 2004 del Código Penal del mismo compilador Zúñiga, siendo interesante que ni la edición de 1999 cita el voto de la Sala Constitucional de 1993 (que adelante veremos y que dice que el 871 no es inconstitucional) ni la edición (o reedición) 2004 cita tampoco las sentencias de 2002 de la Sala Tercera y de 2003 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (las “sentencias derogacionistas”), que ya habían sido dictadas para ese entonces.

En el año 2000 circula una edición del Código Civil preparada por Gerardo Parajeles Vindas, la cual indica como nota de referencia al artículo 871 del Código Civil el voto 5029-93

de la Sala Constitucional (ya mencionado), lo cual no da pie suficiente para entender que el artículo de comentario esté vigente sino simplemente que no es inconstitucional.

De los autores Evelyn Salas Murillo y Jaime Barrantes, aparece en el año 2003 una impresionante y muy documentada obra, el Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia, donde se citan y se ofrecen reseñas de pronunciamientos judiciales, artículo por artículo. En la edición 2003, se refieren para el artículo 871 del Código Civil, los votos de Sala Primera de la Corte 18 de 14:45 de 21 de febrero de 1996, 002 de 6 enero 1993, 17 de 15 horas del 15 de abril de 1994, así como la resolución 302 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, de 9 horas 5 minutos de 27 de julio de 2001. Vale decir, todas estas decisiones judiciales asumen que el artículo 871 se encuentra vigente, y lo aplican o interpretan según las particularidades concretas del caso *sub examine*. La edición, corregida y aumentada, de esta misma obra, en el año 2012 ya contiene la referencia expresa al voto 482-F-03 que en el año 2003 dicta la Sala Primera variando su jurisprudencia en el sentido de tener por derogado el artículo 871, así como a otros votos de esa misma Sala (728-F-2005, 422-F-2007) y algunos de la Sala Tercera (2007-1148, 2009-00138).

Indiquemos, para terminar esta breve revisión de los códigos disponibles para consulta o estudio en nuestro medio, que la edición 2012 a cargo de don Olman Arguedas del Código Civil actualizado, concordado y con jurisprudencia, cita, como ya se dijo, tanto el ya mencionado voto 5029-93 de la Sala Constitucional (que dispuso que el artículo 871 no es inconstitucional) como las sentencias derogacionistas, o sea el voto

2002-00861 de la Sala Tercera, que fue el primero, y el de la Sala Primera, voto 2003-00482, ambos coincidentes en la tesis de la derogación tácita del 871.

## LAS SENTENCIAS DEROGACIONISTAS

Como queda dicho, la primera sentencia de casación que conocemos donde el Juzgador expresamente toma partido por la tesis de que la entrada en vigencia del actual Código Penal signifique la derogatoria tácita del artículo 871 del Código Civil, fue la que dictó la Sala Tercera, es decir, la sala de casación de lo penal, de nuestra Corte Suprema de Justicia (voto 2002-00861). Poco tiempo después, la Sala Primera, es decir la sala de casación de lo civil, apoyó (en el voto 2003-00482) e hizo suya la tesis de la Sala Tercera. Ambos pronunciamientos manifiestan que constituyen un cambio de posición jurisprudencial, dado que los antecedentes que había (muy abundantes en materia civil, según reseñó el estudio de Evelyn Salas Murillo y Jaime Barrantes en la edición 2003 de su Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia) eran favorables a tener por vigente el artículo 871 del Código Civil.

También eran antecedentes que se decantaban por la tesis de que el artículo 871 estaba vigente, las que se transcriben en el Libro de Jurisprudencia 1950-1975 recopilado por el jurista nacional Víctor Pérez; así, por ejemplo:

“... la prescripción que hubiera podido ser alegada aquí es la contemplada en el artículo 871 del C.C., que rige las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito, como es el caso de autos, las cuales prescriben junto

con el delito o cuasidelito de que procedan”. Nº 16 de 15:30 horas del 27 de enero de 1971, semestre I. Sin publicar. “ (PEREZ VARGAS, Víctor, y otros, *Jurisprudencia*, p.193)

Y en igual sentido,

“... la jurisprudencia repetida de esta Sala no ha encontrado óbice, en el sobreseimiento o absolución del procesado en la vía penal o en la extinción de la acción criminal por prescripción, para que, fundándose en una causa distinta de la responsabilidad penal, como lo es un delito o cuasidelito civil, (que es el fundamento de la presente demanda que se basa en el artículo 1045 del Código Civil), pueda establecerse en la vía correspondiente reclamos para la reparación civil, sin que pueda en tal caso la prescripción de la acción penal, aparejar la de la acción civil. (Ver entre otras, sentencias de Casación de 9:15 horas de 17 de abril de 1941, página 287 de la colección; de 14 horas de 23 de enero de 1946, página 100 y de 10:30 horas de 27 de agosto de 1946, página 675)”. Nº 91 de 16 horas del 12 de agosto de 1959, semestre II, tomo I, página 510. “ “ (PEREZ VARGAS, Víctor, y otros, *Jurisprudencia*, p.193)

El voto de la Sala Primera del año 2003, es decir, la “sentencia derogacionista”, al ser posterior a la sentencia de la Sala Tercera, esencialmente expone que dado lo considerado en prolijo análisis por la Sala de lo penal en su voto del 2002, y encontrándolo más razonable que los antecedentes de la misma Sala Primera, se toma la decisión expresa de dar un viraje a la jurisprudencia que se venía siguiendo, para en su lugar tener por derogado el artículo 871 del Código Civil.

La “sentencia derogacionista” dictada por la Sala Tercera en el año 2002, contiene

un razonable y serio análisis de la situación que lleva a los Juzgadores a tener por derogado el artículo 871 del Código Civil, básicamente, al considerar que la variación del sistema punitivo introducida por el actual Código Penal aunada a los cortos plazos (además reducibles a la mitad por lo general) de prescripción de la acción penal pueden colocar en franco desamparo a la víctima en punto a la debida reparación civil por lo que se concluye que es mejor entender derogado dicho artículo y tener el decenal como plazo único de prescripción civil de la indemnización debida con ocasión de delitos.

La sentencia de la Sala Tercera es muy extensa y prolija en análisis y argumentos (de hecho, en criterio del autor de la presente investigación, y a pesar de que no compartimos sus conclusiones, pensamos que es una de las mejores piezas jurídicas que esa oficina judicial ha producido en lo que va del presente siglo), por lo que nos limitamos a transcribir algunos de los pasajes principales y más relevantes para nuestra investigación, así:

El resumen general de la posición jurisprudencial y su consecuencia directa en cuanto al plazo de la prescripción civil, la Sala Tercera lo enunció así:

*“A través del citado artículo 871 el legislador decidió establecer una excepción a las reglas ordinarias del plazo (decenal) para que los derechos prescriban negativamente, según lo dispone el artículo 868 del mismo texto: **“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”***. Sin embargo, luego de un mejor análisis del tema, concluye la Sala que se impone variar aquí el criterio que se ha mantenido; esta vez sin recurrir a cuestiones de constitucionalidad, sino aplicando los principios que rigen la abrogación de las leyes (tema propio de los tribunales ordinarios y no de la Sala Constitucional) y ello permite establecer que la primera norma de cita (871) fue tácitamente derogada a través del Código Penal de 1970. Esto significa, en esencia, que el término por el que prescribe el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de una conducta tipificada como punible (delito o contravención) es de **DIEZ AÑOS** y puede suspenderse o interrumpirse cuando concurren los supuestos que establecen el Código Civil, el Procesal Civil u otras leyes especiales aplicables.”

Para llegar a semejante posición, la sentencia justifica la necesidad jurisdiccional de establecer expresamente si el artículo 871 del Código Civil está vigente o no, a cuyo efecto se dice:

**“IV SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL HECHO PUNIBLE. DEROGATORIA TÁCITA DEL ARTÍCULO 871 DEL CÓDIGO CIVIL.-**

**Posición anterior de la Sala.-**

El artículo 871 del Código Civil dispone: **“Las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito, se prescriben junto con el delito o cuasidelito de que proceden”**. La Sala, en anteriores oportunidades, ha considerado que dicha norma resulta inconstitucional en la medida en que coarta el acceso a la Justicia de la víctima que sufrió un daño resarcible a raíz de un hecho

*penalmente ilícito y crea notorias situaciones de desigualdad respecto de otras personas que, no obstante reclamar –por ejemplo- meros incumplimientos contractuales o ilícitos civiles que no comprometieron su integridad física o bienes jurídicos de esa o distinta jerarquía, más trascendentes que el simple dato económico; gozan de un término mucho más extenso y susceptible de prorrogarse con mayor amplitud que aquel asignado a la acción penal de un sinnúmero de delitos (v. gr.: las lesiones graves prescriben en seis años y el término se reduce a la mitad en los supuestos que contempla la ley; frente a los diez años que como plazo ordinario de prescripción de las obligaciones determina el artículo 868 del Código Civil y que se interrumpe, entre otras razones, por cualquier gestión judicial o extrajudicial dirigida a lograr que se satisfaga la deuda). Consideraciones de tal naturaleza –junto a varias más que no interesa repetir aquí- movieron a este tribunal a plantear consultas a la Sala Constitucional acerca de si el artículo 871 vulnera derechos fundamentales, obteniendo –por votos de mayoría- una respuesta negativa (ver resumen de los distintos fallos en la sentencia dictada por los señores magistrados suplentes de la Sala Tercera, No. 112-2002 de 11,55 horas de 13 de febrero de 2002), aunque en su último pronunciamiento –y atendiendo a los argumentos que se invocaban en la consulta, relativos a la existencia del artículo 96 del Código Penal- hizo saber la Sala Constitucional que primero debía dilucidarse si el artículo 871 se halla o no vigente”*

Asimismo, en los Considerandos V y VI de la sentencia de comentario, la Sala hace un muy interesante recuento de las soluciones históricas, doctrinales y de nuestro derecho positivo, en tema de la relación entre acción

civil y penal, que no resistimos la tentación de transcribir, así:

**“V Fundamento histórico político del artículo 871 del Código Civil y diversa naturaleza del sistema que lo inspiró .-**

*En general, los ordenamientos jurídicos de raigambre occidental siempre han destacado el deber de reparar el daño producto de un hecho punible como uno de los efectos jurídicos que este acarrea; sin embargo, existen dos distintas concepciones sobre el modo en que el autor del delito –o contravención-, o bien el civilmente responsable, podrán ser obligados a resarcir. La primera, recogida a partir de antiguas instituciones por la etapa clásica del liberalismo democrático (teoría **clásica**) establece claras diferencias entre la pena (como efecto “natural” del delito, de carácter público y a cargo del Estado) y la reparación civil, de interés exclusivamente privado, cuyo único titular –y con facultad para reclamarla- es el ofendido o damnificado. En resumen, este sistema postula que **no podrá** declararse de oficio la responsabilidad civil del penalmente condenado, ni a pedido de otro que no sea el legítimo titular del derecho (ofendido o damnificado, o su representante), por ser a aquel a quien –en forma exclusiva y por no hallarse comprometido en forma directa el interés estatal- incumbe decidir si planteará o no su reclamo. La segunda posición deriva del positivismo jurídico (teoría **positivista**) y considera que la responsabilidad civil por el delito no es de mero carácter privado. Existe un interés general de la sociedad de que el delincuente no solo cumpla una pena, sino también que repare los daños causados con su conducta. El Estado, por ende, debe velar por el cumplimiento de esos fines, obligando al responsable a resarcir, aun cuando no medie solicitud alguna del ofendido o damnificado, y en tal supuesto actúa en*

*beneficio directo de este, pero en interés mediato de la sociedad entera; interés que, por definición, trasciende el plano individual. En este modelo, el juez penal está obligado a decretar la responsabilidad civil del imputado en la misma sentencia que lo declara autor de un delito y lo hará **de oficio**, es decir, aunque el titular del derecho al resarcimiento no se lo pida, o aun cuando nunca haya sido parte en el proceso. **VI.- Vigencia de los sistemas en el derecho nacional** .- El derecho costarricense no escapó a los ámbitos de influencia de los dos sistemas contrapuestos que se han reseñado en el Considerando anterior y, de hecho, durante varias décadas imperó el modelo positivista (salvo el Código de Procedimientos Penales de 1910, antes de su reforma en 1937). Así, el Código Penal de 1880 –vigente en 1886 cuando se promulgó el Código Civil que aún nos rige- disponía en su artículo 25: **“Toda sentencia condenatoria en materia criminal, lleva envuelta la obligación de pagar los daños y perjuicios que el delito ocasione por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables. También contendrán las sentencias condenatoria de costas procesales y personales, siempre que el juicio se haya seguido por acusación de parte que no sea el Ministerio Público. En las causas tramitadas de oficio o por acusación fiscal, solo contendrán esta última condenatoria, cuando a juicio de la autoridad, deba reagravarse la pena con ella”**. Previsiones similares se reiteraron en textos legales posteriores: **“Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación para los autores y cómplices de pagar los daños y perjuicios que el delito ocasione, determinará ser a cargo de los mismos las costas personales y procesales, siempre que el juicio se***

**haya seguido por acusación de parte privada y declarará el comiso...” (Código Penal de 1924, art. 131) ; “Toda sentencia condenatoria en materia criminal produce las siguientes consecuencias: 1...; 2- La obligación de los responsables del hecho punible de pagar las costas procesales y cuando hubiere habido acusador particular, también las personales; 3- El comiso. 4- La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios provenientes del hecho punible...” (Código Penal de 1941, art. 120)**. Se obtiene de lo transcrito que todos los códigos que sucesivamente estuvieron en vigor (con la salvedad apuntada de un breve lapso del Código de 1910) recogieron la teoría positivista, ordenando la declaratoria oficiosa de la responsabilidad civil derivada del hecho punible, disponiendo (lógicamente, además) que las costas personales solo se le reconocerían al ofendido o damnificado si había intervenido como parte en el proceso promoviendo la acusación particular. Este sistema positivista constituye la fuente inspiradora del artículo 871 del Código Civil y solo bajo su perspectiva la norma resultaba coherente con el resto del ordenamiento. En efecto, si toda sentencia penal debía **imperativamente** pronunciarse sobre la responsabilidad civil del justiciable, sin posibilidad (ni necesidad) de acudir a otra vía (más que a una eventual ejecución), lo lógico y acorde con las exigencias del sistema era que ambas acciones (penal y civil) prescribieran en forma conjunta, como lo señala el referido artículo 871. De otro modo, se presentarían incongruencias tales como que el juez pudiese declarar al acusado autor del delito, pero no imponerle la responsabilidad civil (por hallarse prescrita) y ello significaría derribar todo el modelo y desconocer su fundamento básico de que igual interés social revestía la pena como la reparación del daño. Esta última

*viene a constituir, dentro de la lógica interna y la ideología que soportan el sistema, una especie de pena “adicional” –por así decirlo- a la de prisión y tan importante como ella (al extremo de que puede sustituirla en algunos casos de delitos leves). Puesto que ambas ameritan idéntico trato, las dos correrán la misma suerte –en lo que a prescripción se refiere-, y las vicisitudes que afecten a la acción penal (suspensiones, interrupciones) lo harán también respecto de la civil. Cosa distinta ocurre en el sistema clásico en el que, por depender de la voluntad del ofendido el decreto jurisdiccional de la responsabilidad civil y la escogencia de la vía en la que reclamará la tutela de su derecho, deviene innecesario –y además, inconveniente- que se sujete a ambas acciones a idénticas reglas de prescripción, desde que se admite la posibilidad de entablar una demanda ante los tribunales civiles sin que los hechos se discutan en sede penal y, en tales circunstancias, no tendrán cabida discusiones en torno a la acción punitiva, ni a las reglas por las que prescribe, se suspende o interrumpe.*

La tesis central de la nueva posición jurisprudencial tomada en la “sentencia derogacionista” gira en torno a que la situación expuesta respecto de la coherencia del 871 del Código Civil con el sistema punitivo, habría quedado herida de muerte, en criterio de la Sala Tercera, a la luz de la legislación penal del año 1970 y sus derivados. Este punto la sentencia lo analiza del siguiente modo:

**“La situación en el actual Código punitivo**

*.- Ahora bien, al promulgarse el Código Penal vigente (en 1970), el legislador pretendió –según parece- asumir una posición intermedia o ecléctica que, en último término, resquebrajó la unidad de*

ambos sistemas (positivista y clásico). Así, el artículo 103 –reiterando a sus predecesores– dispuso: **“Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso”**. Sin embargo, frente a dicho precepto (cuestionable por varias razones, entre ellas porque incluso la sentencia absolutoria puede pronunciarse sobre la responsabilidad civil) se encuentra el artículo 109 del mismo código, que señala: **“Las obligaciones correspondientes a la reparación civil se extinguen por los medios y en la forma determinada en el Código Civil y las reglas para fijar los daños y perjuicios, lo mismo que la determinación de la reparación civil subsidiaria o solidaria, serán establecidas en el Código de Procedimientos Civiles”**. Esta última norma (que, en realidad, tenía antecedentes en los Códigos Penales de 1924 y 1941) fracturó la lógica interna del modelo positivista, pues al remitirse a las disposiciones del Código Civil para determinar el modo en que se extinguirá el derecho al resarcimiento (entiéndanse, entre otras, las causas que suspenden o interrumpen la prescripción), desligó a la acción civil de las vicisitudes que en esta materia afectan a la penal y abrió con ello la posibilidad de que ambas fenezcan separadamente (v.gr.: todas las gestiones encaminadas al cobro de la deuda interrumpen la civil, mas no la penal que posee causales específicas con esa eficacia, las que, a su vez, no inciden en la primera). Se hizo cargo de especificarlo así el legislador cuando introdujo otra norma, esta vez sí novedosa –que no existía en

las normativas anteriores–, y que se recoge en el artículo 96, párrafo segundo: **“La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito”**. Aunque, en principio, podría parecer que tal previsión es armoniosa con lo dispuesto en el artículo 871 del Código Civil (asumiendo que este solo se refiere al plazo excepcional por el que prescribe el derecho y no a las formas de suspenderlo o interrumpirlo), lo cierto es que un mayor análisis evidencia que ambas disposiciones son absolutamente contradictorias, no solo desde la perspectiva literal (“la acción civil y el derecho a ser resarcido del daño prescribe junto con el delito de que procede”, versus: “la prescripción del delito –acción penal– no tiene ningún efecto sobre la del derecho a ser resarcido”), sino de la que concierne a los fundamentos históricos, políticos y jurídicos de los sistemas que se han estudiado. Los artículos 96 y 109 del Código Penal rompen, así, con el esquema positivista (fuente del 871 del Código Civil) y abren, de igual modo, la posibilidad de que el reclamo sobre las consecuencias civiles del delito pueda ejercitarse en vías distintas (lo cual no era necesario en aquel sistema y con la salvedad de que el juez civil se limitará a establecer la existencia del daño y su imputación al agente por el título que corresponda, no la tipicidad penal del hecho generador). La norma que, por último y en forma indiscutible, puso fin a cualquier resabio positivista en este tema (al menos en materia de delitos), es el artículo 399 del Código de Procedimientos Penales de 1973: **“La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas. Dispondrá también, cuando la acción civil hubiera sido ejercida, la**

**restitución del objeto material del delito, la indemnización de daños y perjuicios causados y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones. Sin embargo, la restitución del objeto material del delito podrá ordenarse aunque la acción no hubiera sido intentada”**. Este precepto (equivalente al artículo 368 del Código Procesal Penal que rige en la actualidad), modificó al contenido en el 103 del Código punitivo, señalando que la sentencia de condena penal solo podrá pronunciarse sobre la responsabilidad civil cuando así haya sido demandado por el titular del derecho (a través de la acción resarcitoria) y nunca de oficio o por solicitud de otros órganos (como el Ministerio Público) en los que el ejercicio de la acción no fue delegada por el derechohabiente”.

Finalmente, en la muy bien estructurada argumentación de la sentencia que reseñamos, se concluye que el supuesto conflicto de normas detectado por la Sala hace imposible seguir afirmando que el artículo 871 del Código Civil esté vigente, y por ende, se lo tiene por tácitamente derogado en virtud de la legislación penal de 1970 y sus derivados. La Sala Tercera expone esta idea así:

**“El conflicto de normas** .- Conviene ahora regresar al tema de si los artículos 96 del Código Penal y 871 del Código Civil son o no armoniosos. El punto requiere particular atención, pues de la respuesta que se obtenga dependerá decidir, no solo el extremo relativo a cuáles son los actos que interrumpen o suspenden la prescripción de la responsabilidad civil derivada del hecho punible (que podría suponerse fuera de toda duda, entendiendo que el artículo 109 del Código Penal señala que serán los que establece la ley civil, de manera que en térmi-

nos generales, lo que acontezca con la acción penal –v. gr.: disminución del plazo a la mitad– en nada afecta a la civil), sino además el del **plazo** asignado para que prescriba el derecho al resarcimiento (o “acción civil”): si será el que corresponde a la acción penal del delito concreto que se investiga u otro. La Sala estima que, a la luz de lo que se ha venido exponiendo, necesariamente debe concluirse que las normas en estudio son contradictorias. En efecto, lo previera o no el legislador de 1970 (tomando en cuenta que en esa época se discutía también el proyecto de lo que sería el Código de Procedimientos Penales de 1973), lo cierto es que al negar toda eficacia a la prescripción de la acción penal (u otras formas por las que se extingue) sobre el derecho del ofendido o damnificado a obtener resarcimiento (y, en consecuencia, sobre el deber de satisfacerlo a cargo del civilmente responsable), introdujo una norma de carácter general que solo puede interpretarse en el sentido de que **en ningún supuesto la extinción (entre otras causas, por prescripción) de la acción penal incidirá en la responsabilidad civil**; es decir, no se trata de un simple problema de que dicha responsabilidad pueda sobrepasar el término por el que prescribe la acción penal (a base de interrupciones o suspensiones más amplias y frecuentes de las que taxativamente pueden afectar a esta última); sino que ambos temas fueron completamente desligados y son incapaces, por ende, de sufrir mutua incidencia. En abono de lo dicho, conviene recordar que el artículo 871 –dentro del esquema positivista que representaba– partía de un vínculo indisoluble, automático e imperativo entre la prescripción de la acción penal y la correspondiente a la civil: eran idénticas, corrían la misma suerte, se decretaban en una sola sentencia y, en realidad, no había motivo lógico alguno para que no fuera así, desde que las responsabilidades que una y otra significan eran consideradas, a fin

de cuentas, sanciones producto de un interés social que solo divergían en cuanto a su naturaleza, pero ambas al fin consecuencias “naturales” (y punitivas) del delito. El legislador de 1970 establece una ruptura absoluta con ese principio esencial recogido en el artículo 871 y niega (artículo 96 del Código Penal) que la prescripción de la acción penal surta efectos (cualquier efecto) sobre la responsabilidad civil derivada del hecho punible; es decir: precisamente lo contrario de lo preceptuado por el 871, que –por rigor de la lógica interna del sistema positivista seguido– igualaba ambas prescripciones o, para ser más precisos, disponía una sola para lo que se veía como dos consecuencias necesarias del delito, o dos modos de castigo que siempre habrían de concurrir si se verificaba un daño patrimonialmente cuantificable. Puesto que la extinción de la acción penal no surte **ningún tipo de efectos** sobre el derecho a ser resarcido (el legislador de 1970 se ocupó de exponerlo así, con suma claridad), parece insostenible el criterio de que sí los tiene a fin de determinar el término de la prescripción de la acción civil (es decir: que será el que corresponde a la acción penal de cada delito concreto, aunque se interrumpe y suspende por las causas que enumeran las leyes civiles). Esto no se aviene ni con la letra, ni con el “espíritu” de ninguna de las dos normas en conflicto, que parten de concepciones jurídico políticas contrapuestas. Para ilustrar lo incorrecto de una postura semejante, puede recurrirse al ejemplo de quien, ofendido por un hecho punible, lo denuncia pero no plantea acción resarcitoria en reclamo de la responsabilidad civil. En sede penal se declara prescrita la posibilidad de castigar la conducta y la víctima (que hasta la fecha no había realizado ningún acto interruptor, ni mediaron circunstancias que suspendiesen la prescripción de su derecho a ser reparado del daño) decide acudir a los tribunales civiles. Actuando con estricto rigor técnico

jurídico –y según el criterio que se examina–, la responsabilidad que se pide declarar se hallaría prescrita, por haber transcurrido el término que deriva del artículo 871 (el mismo fijado para la acción penal del delito que corresponda). Sin embargo, esto significa, precisamente, negar la vigencia del artículo 96 del Código Penal, en cuanto dispone que la extinción de la acción penal **no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado**. En otras palabras: **aunque transcurra el plazo por el que prescribe la acción penal, este hecho no significa –no conlleva, implica, produce o genera– que el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios esté prescrito**. Esta Sala concluye, entonces, que las dos previsiones legales que se examinan se encuentran en conflicto, por ser evidentemente contradictorias, disponiendo efectos opuestos sobre un mismo punto. Si bien los tribunales civiles –que también se han visto enfrentados a los conflictos que genera el artículo 871– sostienen, en resumen, que el plazo de prescripción de la responsabilidad civil por hecho punible depende de la vía que se escoja para reclamarla (ver en tal sentido las sentencias No. 227 de 15,05 horas de 18 de julio de 1990, No. 17 de 15,00 horas de 15 de abril de 1994; No. 92 de 15,25 horas de 9 de setiembre de 1994 y No. 754-F-2000, de 10,40 horas de 6 de octubre de 2000; todas de la Sala Primera de la Corte), este tribunal, respetuosamente, se aparta de tal criterio, pues considera que el plazo para que prescriba un derecho (obligación) no depende de tal escogencia. La prescripción, naturalmente, afecta a un derecho de fondo que es parte de un vínculo obligacional (en el caso que nos ocupa: el derecho de crédito surgido a raíz del daño producto de una conducta punible) y no solo a la posibilidad de ejercitar o materializar la acción ante un tribunal determinado –es más, esta puede ejercerse siempre, aunque con posterioridad se esta-

blezca la falta de derecho, o que se encuentra prescrito si se opuso la respectiva defensa. Una vez que el vínculo obligacional prescribe, parece lógico suponer que esa condición ha de revestir ante todos los tribunales de la República, así como que el plazo es uno solo y no dos librados a la voluntad selectiva de una de las partes. Concluye la Sala, entonces, que el legislador de 1970 optó por eliminar toda excepción a las reglas ordinarias que sobre el extremo de extinguir las obligaciones existiese y reasumir las normas comunes (téngase en cuenta que los artículos aún vigentes del Código Penal de 1941 no se refieren a este tema concreto, sino a modos de establecer la responsabilidad); de manera que la accesoriedad de la acción resarcitoria (respecto de la penal) se restringe a cuestiones de forma ritual y, en particular, de oportunidad para su ejercicio y conocimiento, mas nunca al fondo de las obligaciones que se discuten. Por otra parte, es indudable que la principal excepción a las reglas ordinarias que, en materia de extinguir la responsabilidad civil por hecho delictivo, puede hallarse en nuestro ordenamiento, es la establecida en el artículo 871 que se comenta y aquí, de nuevo, admitir su vigencia contraría lo que el legislador ordenó por vía del artículo 96 del Código Penal. Vale acotar que este último cuerpo de normas no se ocupó de expresar ningún plazo específico para que prescriban las obligaciones que conforman la responsabilidad civil (uno que eventualmente –no en todos los casos– pueda trascender o superar al de la acción penal, según lo indica el artículo 96 y de allí que, incluso en el evento de que no se contase con las previsiones del 109, la única opción resultante es el plazo ordinario (dece-nal) que fija el artículo 868 del Código Civil”.

Evidentemente, la sentencia que se comenta hace gala de una elocuencia poco frecuente en el foro nacional al punto que convenció,

primeramente a la Sala Primera, que un año después del voto del 2002 asumió la misma posición jurisprudencial, y en general a los demás juzgadores de instancias ordinarias que han seguido y reiterado la tesis de que el artículo 871 del Código Civil fue tácitamente derogado.

## OTROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELEVANTES.

La Sala Constitucional de nuestra Corte Suprema de Justicia ha conocido acerca del artículo 871 del Código Civil al menos dos cuestionamientos relevantes: uno, en cuanto a si dicho artículo está vigente, y dos, acerca de si es o no inconstitucional.

En efecto, estos temas fueron objeto de pronunciamiento de parte de la Sala Constitucional, en varias oportunidades en las que el órgano consultante fue la Sala Tercera. Conviene tener presente en esta discusión lo que la Sala Constitucional expresó en esos casos.

En el voto 5029-93 de 14:36 horas de 13 de octubre de 1993 **la Sala Constitucional dijo que el artículo 871 del Código Civil no es inconstitucional** y entre otros razonamientos, expresó:

“Nótese que el término de la prescripción es un asunto de discrecionalidad legislativa, de modo que así como en nuestro sistema jurídico los delitos prescriben en un máximo de quince años y un mínimo de dos, dependiendo del extremo mayor de la pena prevista para el delito de que se trate y siempre que sean delitos de acción pública, bien podría el legislador adoptar otras reglas para la prescripción de la acción

penal. Lo mismo puede decirse en relación con la prescripción decenal de la acción civil. Pero cualquiera que sea el término de la prescripción que establezca la ley, en el caso de las conductas delictivas lo lógico es que las acciones civiles de ellas derivadas, por ser meramente privadas y, por ende, secundarias en relación con el interés público principal inmerso en la acción penal, corran la misma suerte que ésta en lo que a la prescripción se refiera. Lo contrario implicaría que el hecho penal pueda ser invocado y probado judicialmente en sede civil, con miras al resarcimiento de los daños y perjuicios, aún cuando la pena no pueda ser impuesta por encontrarse prescrita la acción penal, lo que resulta ilógico. Por lo expuesto, a juicio de esta Sala, la norma contenida en el artículo 871 del Código Civil, lejos de ser contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 33 constitucional, más bien es expresión de él, ya que la solución que allí se contempla en cuanto a la prescripción de la acción civil procedente de delitos dolosos o culposos, no sólo representa una respuesta lógica sino que es, precisamente, dar un tratamiento distinto a situaciones que son, por su naturaleza -desde el punto de vista jurídico-, diversas.”

Años después, la misma Sala Constitucional conoció el asunto mediante el voto 2001-09386 de las 14:48 horas del 19 de setiembre de 2001, y rechazó la nueva consulta de constitucionalidad que había planteado de nuevo la Sala Tercera, indicando que **al Tribunal Constitucional no le compete decir si una norma está vigente, sino declarar la inconstitucionalidad de las normas vigentes**. Y se “autoriza/sugiere” a la Sala consultante pronunciarse expresamente acerca de la vigencia o no del artículo 871 del Código Civil, en los siguientes términos:

“el despacho consultante solicita a esta Sala que se pronuncie respecto de la constitucionalidad del artículo 871 del Código Civil. Señala que no obstante existir un pronunciamiento anterior de la Sala, en que con voto de mayoría se pronunció acerca de la constitucionalidad de esa disposición (sentencia número 5029-93, de las catorce horas treinta y seis minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y tres), existen nuevos motivos para plantear la cuestión por razones de interés público, como lo es la promulgación del nuevo Código Procesal Penal, que reduce el plazo máximo de la acción penal de quince a diez años, con la posibilidad de que sea reducido a la mitad -artículo 33 del Código Procesal Penal-, alejándose en mucho del establecido en el Código Civil para la reparación civil. Esta circunstancia evidencia el plazo diferenciado con que cuentan quienes se han visto afectados por la comisión de un ilícito penal en relación con aquellos afectados por una conducta no delictiva, para lograr el reclamo de la indemnización a que tienen derecho, ya que cuando la acción lesiva no trascienda el ámbito del derecho civil, el plazo del damnificado para reclamar los daños y perjuicios ante los tribunales de justicia se rige por la regla genérica establecida en el artículo 868 del Código Civil, por el cual, todo derecho y su correspondiente acción prescriben a los diez años, salvo excepciones (como la de la norma consultada); mientras que cuando la conducta es mucho más grave, al extremo de constituir un delito, el plazo de la prescripción se reduce a diez años, y la acción civil prescribe junto con la acción penal, de manera que, puede prescribir en plazos de dos a cinco años, si se ha iniciado el proceso; lo que considera lleva a una situación de desigualdad de carácter arbitrario, en violación del principio de igualdad contenido en el artículo 33 constitucio-

nal. Alega que la forma en que se resuelve el problema es arbitraria, desproporcionada y no justificada, en equidistancia de situaciones con las nuevas disposiciones sobre la prescripción de la acción penal; y no toma en consideración que los que acuden a la vía penal a denunciar un hecho ilícito cometido en su perjuicio, en su mayoría lo hacen para buscar la reparación del daño sufrido, y no el castigo del autor, no atiende al derecho de la víctima a encontrar reparación...

La consulta es inevaluable en razón del objeto, toda vez que escapa al control constitucional la determinación de la vigencia de las normas a aplicar en los procesos judiciales sobre los que se consulta. En este sentido, la Sala Consultante no tiene claro si la norma sobre la que versa la consulta está vigente o no, lo cual trae como consecuencia que la misma autoridad consultante tenga duda sobre la aplicación del artículo 871 del Código Civil en el caso concreto. Como lo ha indicado con anterioridad esta Sala, y se indicó en el Considerando trasanterior, para que la consulta judicial sea procedente, uno de los requisitos esenciales para su admisión es que la autoridad judicial consultante tenga duda (cierta) sobre la **constitucionalidad de la norma que en forma irrefutable deba aplicar a un caso sometido a su conocimiento**, requisito que no se cumple en esta ocasión. Por ello, hasta tanto la Sala Tercera no defina lo relativo a la vigencia del artículo 871 del Código Civil, no resulta procedente manifestarse respecto de su constitucionalidad.”

También la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que conoce asuntos laborales y de familia, ha emitido varias sentencias donde se cita como vigente el artículo 871, bien que no haya sido su vigencia el meollo

de lo que se litigaba en los asuntos *sub lite*. Como ejemplo, citemos los votos 788-2005 y 853-2007 donde se argumenta un caso de posible prescripción de derechos laborales y se cita como fundamento, *ad iteribus dictum*, el artículo 871 del Código Civil (que tácitamente, al citarlo, la Sala Segunda considera, por ende, vigente):

“De ahí que, conforme ese numeral y del 601 del Código de Trabajo, para resolver el punto se puede acudir al contenido del artículo 868 del Código Civil. Esta norma prevé el término de la prescripción ordinaria, así: “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”. Lo anterior por cuanto, tratándose de derechos reconocidos en un acto administrativo, no se pueden aplicar prescripciones cortas como la del artículo 607 del Código de Trabajo. Esa misma solución se previó en el numeral 873 del **Código Civil** que expresa: “Las acciones a que se refieren **los artículos 869, 870 y 871**, si después de ser exigible la obligación se otorgare documento o recayere sentencia judicial, no se prescribirán en los términos antes expresados, sino, en el término común que se comenzará a contar desde el vencimiento del documento o desde el día de la sentencia ejecutoria”. Las normas a las cuales hace alusión se referían a algunos derechos laborales e incluso a las pensiones y se aplicaron antes de la promulgación del Código de Trabajo. De lo que se trataba era de no aplicar plazos de prescripción cortos, cuando el derecho ha sido reconocido por una sentencia judicial o respecto del cual se ha otorgado un documento”

## ALTERNATIVAS A LA TESIS DE LA DEROGACION TACITA

Si acudimos a una lectura e interpretación de nuestro Ordenamiento Jurídico que responda a las exigencias analítica y sistemática, podemos decir, con el ilustre jurista don Angelo Falzea, que:

“La necesidad de que la norma específica –incompleta y por ende necesitada de complemento- sea *insuprimible dentro del sistema*, es puesta ahora en claro por virtud de una triple consideración, siendo la última de dichas consideraciones especialmente importante para la teoría del efecto. En virtud de un canon formal generalísimo que tolera muy pocas excepciones, **el jurista no está autorizado para suprimir un texto legal, para rechazarlo como forma privada de contenido sobre la base de puras razones sistemáticas**. Salvo el caso límite del absoluto sin sentido lógico y práctico, el texto legal resiste y, como forma específica, impone su contenido específico; es decir, su valor parcial frente al sistema, el cual no puede dejar de tomarlo en cuenta” (FALZEA, Angelo *Eficacia*, pp.109-110; y *vid* también en pp. 111-112 *op.cit*, sobre la exigencia sintética o sistemática y la exigencia analítica o exegética).

En el tema que nos ocupa, y en la línea de pensamiento del Profesor de Messina, se constata que artículos como el 871 del Código Civil no tienen una existencia autónoma de modo aislado, antes bien, poseen una ubicación y un sentido claramente identificable en el conjunto de la regulación que de la prescripción se hace en dicho cuerpo normativo. Su supresión hipotética, afecta el entero sistema normativo al dejar

incompleto el esquema de regulación del respectivo instituto jurídico.

En efecto, el artículo 868 establece la regla general de que el plazo de la prescripción en materia civil es decenal, pero dicho artículo dispone también que hay excepciones en los siguientes artículos que vienen a ser el 869, el 870 y el 871 de comentario: así habrá plazos de tres años, de un año y el plazo variable según cada delito que regula el artículo 871.

Una tesis que explicaría el sentido que quiso dar el Legislador al ligar la prescripción civil a la penal, podría ser que lo que se está diciendo es que como excepción al plazo decenal civil de prescripción (regla general) cuando se trate de responsabilidad civil proveniente de delito, el plazo de prescripción variará dependiendo de cada delito pues, efectivamente, el Legislador en lo penal no dispuso un plazo único de prescripción de delitos sino que cada delito tiene un plazo de prescripción penal dependiente del máximo de la pena. Se asegura así una gradación de plazos, desde cortos o muy cortos para delitos menos graves, hasta plazos mayores para delitos más graves, e incluso puede pensarse en la imprescriptibilidad, caso de delitos de lesa humanidad. De rebote, al fijarse el plazo de lo penal conforme esta escala de grados, se fija una escala también para los diversos plazos de prescripción de los derechos indemnizatorios civiles derivados de la comisión de delitos.

Si el correcto sentido del artículo 871 es el que proponemos, tendría mucha lógica que el Legislador haya ligado el plazo de la prescripción al plazo de la prescripción penal, pues así con pocas palabras en un solo artículo en el Código Civil se habría contemplado la

totalidad de la pluralidad de plazos distintos de prescripción penal que derivan de los numerosos y distintos tipos penales que tipifica el Código Penal. De hecho, la elección hecha por el Legislador resultaría muy sabia, pues pese a que desde 1888, que entró en vigencia el Código Civil, haya habido varios Códigos Penales distintos, con un variopinto surtido de plazos de prescripción penales de los diferentes delitos, en todo momento el artículo 871 del Código Civil se ha mantenido igual sin necesidad de modificarlo, lo cual puede considerarse como un gran ahorro intelectual y de esfuerzo legislativo. De otro modo dicho, si lo que se quería era graduar los plazos de prescripción en función de la mayor o menor gravedad del delito del que derive la responsabilidad civil, el legislador tenía la alternativa, al regular la materia civil de prescripción, entre la opción de utilizar una remisión genérica al código penal (como, bien o mal redactado, pensamos, hace el artículo 871), con su pluralidad de plazos de prescripción según la variedad de tipos penales previstos, o, la otra opción que era haber incluido en el código civil un listado de delitos y su correspondiente plazo de prescripción civil del respectivo resarcimiento (lo cual parece, evidentemente, poco o nada práctico).

Se nos hace difícil de aceptar la tesis de que una norma general (no especial) posterior como es el Código Penal, pueda haber tenido la virtud (no expresamente querida o al menos, no expresamente dicha por el Legislador) de derogar tácitamente una norma excepcional como, en el contexto del análisis expuesto, resulta ser el artículo 871 del Código Civil. Quizás el problema es que las sentencias derogacionistas dan por sentado que el régimen de la prescripción en lo civil y en lo penal es común, y que los Juzgadores quieren evitar que la extinción del

*ius puniendi* (extinción vista como castigo al Estado ineficiente que no logre sancionar en un tiempo razonable) lleve a la extinción del derecho al resarcimiento (y al consecuente desamparo de la víctima), cuando en realidad al haber tanta diferencia en los respectivos regímenes penal y civil de prescripción (declarabilidad de oficio, *numerus clausus* de causales de interrupción, plazos cortos que además se reducen a la mitad, todo ello en materia penal, características de suyo extrañas al régimen civil de la prescripción) nada impide que el plazo, originalmente corto o largo según la regla (¿vigente?) del 871, se reproduzca vía interrupción, por ejemplo, del plazo que esté corriendo, lo cual además parece muy justo: pensamos, si el actor civil gestionó en tiempo y forma su reclamo, por qué la extinción de la acción penal por prescripción, atribuible a la inercia del Estado, va a perjudicarlo? Cabe recordar, con el jurista nacional Víctor Pérez, los rasgos preeminentes de la prescripción en derecho civil, que la distinguen de la caducidad (a la cual se tiende a parecer más bien, en lo penal, la prescripción) a saber:

“5. *Diferencias entre prescripción y caducidad ... podemos presentar en forma esquemática tales diferencias: a-En cuanto a la no-actividad: 1.Prescripción: se trata de una inactividad genérica. 2.Caducidad: se trata de una inactividad respecto de un específico comportamiento. B-En cuanto al término: 1.Prescripción: el término es susceptible de reproducirse indefinidamente mediante la interrupción y puede ampliarse mediante la suspensión. 2.Caducidad: el término es rígido ... d.En cuanto a la función: 1.Prescripción: existe la exigencia de que no queden sin ejercicio los derechos por razones de certeza. 2.Caducidad: Existe la diversa exigencia de que ciertos derechos sean ejercitados*

*específicamente en un término breve; existe, pues un interés al pronto ejercicio. e. En cuanto a operatividad: 1. Por regla general la prescripción se declara a solicitud de parte. 2. La caducidad es declarable de oficio. (PEREZ, Víctor, Derecho Privado, p.290)*

## CONCLUSIONES

Las Salas Primera y Tercera de la Corte Suprema de Justicia han venido interpretando desde los años 2002 y 2003, que el artículo 871 del Código Civil fue tácitamente derogado por el Código Penal. Este cambio de criterio jurisprudencial se basó en un serio y razonable análisis histórico y teleológico que busca conciliar el corto plazo que el Estado tiene para sancionar a los delincuentes con el debido resarcimiento civil de las víctimas, por lo cual se estimó que un único plazo general decenal es adecuado para todo reclamo civil con ocasión de la comisión de algún delito.

Esta tesis no ha sido expresamente compartida ni por la Sala Constitucional ni por la Sala Segunda de la misma Corte y, en general, la doctrina que se cita permite, de forma igualmente razonablemente según creemos, sustentar la idea de que el artículo 871 no está derogado.

## BIBLIOGRAFIA

**ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO**, Niceto Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, México, 1974. tomo I

**FALZEA**, Angelo Eficacia jurídica, traducción y prefacio de Walter Antillón Montealegre,

EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS, San José, Costa Rica, 2001.

**PEREZ VARGAS**, Víctor Derecho privado, LITOGRAFIA E IMPRENTA LIL, SA, San José, Costa Rica, 4ta ed., 2013.

**PEREZ VARGAS, Víctor, y otros**, Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación 1950 – 1975, Editorial UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, San José, Costa Rica, 1977

### EDICIONES CONSULTADAS del CODIGO CIVIL

#### Versiones electrónicas o digitales:

**2013 CODIGO CIVIL**. SISTEMA NACIONAL DE LA LEGISLACION VIGENTE (SINALEVI) en [www.pgr.go.cr](http://www.pgr.go.cr) (último acceso, 9 setiembre 2013)

#### Versiones impresas en papel:

**2012 CODIGO CIVIL (actualizado, concordado y con jurisprudencia)** Olman Arguedas Salazar, JURICENTRO, San José, Costa Rica, 3ª edición mayo 2012

**2012 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA y JURISPRUDENCIA. Síntesis de jurisprudencia.** Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. EDITORIAL JURIDICA CONTINENTAL, San José, Costa Rica, 2012

**2012 CODIGO CIVIL**. PUBLICACIONES JURIDICAS, San José, Costa Rica, 2012.

**2003 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA y JURISPRUDENCIA. Síntesis de jurisprudencia.** Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. BIBLIOTECA JURIDICA DIKE, San José, Costa Rica, 2003

Derecho, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, Montes de Oca, Costa Rica, 1972.

**1962 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA.** Héctor Beeche Luján y Fabio Fournier Jiménez, INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, Madrid, España, 1962.

**1949 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA.** IMPRENTAATENEA, San José, Costa Rica, 1949.

**1910 CODIGO CIVIL DE 1988.** Víctor Guardia Q. y Alejandro Alvarado Q. , TIPOGRAFIA NACIONAL, San Joé, Costa Rica, 1910

#### OTRAS NORMAS LEGALES:

**CONSTITUCION POLITICA**, INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José. Costa Rica, 2013.

**CODIGO PENAL**, Ulises Zúñiga Morales, INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 1999.

**CODIGO PENAL**, Ulises Zúñiga Morales, INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 2004.

**2000 CODIGO CIVIL.** Gerardo Parajeles Vindas. EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 2000.

**1999 CODIGO CIVIL.** EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 1999.

**1998 CODIGO CIVIL.** EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 1998.

**1991 CODIGO CIVIL Concordado y anotado.** Gerardo Trejos, JURICENTRO, San José, Costa Rica, 1991.

**1977 CODIGO CIVIL** Atilio Vincenzi, LIBRERÍA, IMPRENTA Y LITOGRAFIA LEHMANN S.A., San José, Costa Rica, 1977.

**1974 CODIGO CIVIL**, Asociación de Estudiantes de Derecho, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, Montes de Oca, Costa Rica, 1974.

**1972 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA con todas las reformas.** Carlos Salazar Gamboa, Departamento de Publicaciones, Facultad de

# EL RÉGIMEN DE ZONAS FRANCAS COMO CONDUCTA ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

*Alex Rojas Ortega<sup>1</sup>*

**Sumario:** I. La conducta administrativa de fomento de las Administraciones públicas; A. Definición y principales características; B. Formas de incentivo; C. Precedentes de la Sala Constitucional; II. El régimen de zonas francas como conducta de fomento. A. Conceptualización del régimen de zonas francas. B. Modos de estímulo a la conducta de los particulares. C. Interés público procurado por la Administración. III. De las subvenciones restringidas en el marco del comercio internacional. IV. Conclusiones. V. Bibliografía

## **I. La conducta administrativa de fomento de las Administraciones públicas**

### **A. Definición y principales características**

Una de las principales obligaciones del Estado moderno, particularmente en lo que concierne a la configuración de un Estado Social y Democrático de Derecho, lo constituye la necesaria promoción y estímulo del desarrollo económico, social y cultural del país y de los habitantes que lo conforman, procurando con ello mejorar y fortalecer las

condiciones de vida de todas las personas. En nuestro ordenamiento jurídico, dicha obligación se encuentra sellada con rango constitucional, de acuerdo al texto del ordinal 50 de la Carta Política, en el tanto éste señala que *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes de la República (...) estimulando la producción (...)”*, lo cual es susceptible de ser llevado a su aplicación última a través de la conducta administrativa concreta y ordinaria de las Administraciones públicas.

Doctrinariamente se ha clasificado a la función administrativa como conducta i) de policía o limitativa, ii) de fomento y iii) de servicio público; lo que en palabras de don Ramón PARADA, se explica en el sentido de distinguir entre *“(...) actividad de limitación o de policía, que restringe la libertad, los derechos o la actividad de los particulares, actividad de fomento o incentivadora, que estimula mediante diversos premios o apoyos el ejercicio de la actividad de éstos para que la orienten al cumplimiento de determinados fines de interés general, y, por último, la actividad de prestación o de servicio público, por la que la Administración suministra mediante sus propias organizaciones determinadas prestaciones a los particulares (sanitarias, docentes, culturales, de transporte, etc.)”*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Abogado costarricense con desempeño en Derecho Público. Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica.

<sup>2</sup> PARADA VÁZQUEZ (Ramón). Derecho Administrativo I, Parte General, novena edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 1997, pág. 431.

Particularmente en lo que corresponde al objeto de este estudio, centraremos nuestra atención en la parcela específica de la función administrativa calificada como de fomento o promoción, la cual, en nuestro criterio, se entiende como una forma de intervención efectuada por el Estado o por una Administración pública descentralizada, a través de la cual se incentiva la conducta de los administrados mediante el otorgamiento de variados tipos de beneficios con el objeto de encauzar dicha conducta particular por las sendas requeridas por la Administración para lograr la cristalización de los intereses públicos que ésta representa y que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico como justificación misma de su existencia.

En tal orden de consideraciones, don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ha comentado que en el ejercicio de las conductas administrativas de fomento, la Administración pública se limita a *“invitar o aconsejar direcciones o criterios determinados en el ejercicio de la libertad privada de determinación, o incluso, dando un paso más, pero respetando siempre el ejercicio de esa libertad, crea estímulos o beneficios para inducir por vía indirecta a que esa libertad se oriente por sí misma, para obtener tales beneficios, en el sentido más conveniente al interés general.”*<sup>3</sup>

Y en un sentido muy similar, don Fernando GARRIDO FALLA, se ha referido a esta particular manifestación de la función administrativa como *“(...) aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer*

*indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen.”*<sup>4</sup>

Es claro que, mediante la conducta administrativa de fomento ejercitada por las Administraciones públicas, sin emplear la coacción respecto de la conducta de los administrados, se procura alcanzar la satisfacción de los intereses públicos encomendados por el ordenamiento jurídico a aquellas, lo cual nos conduce a percibir la primera de las principales características que en nuestro criterio ostenta la conducta administrativa de fomento y que está referida a su capacidad para dar efectividad a la vertiente positiva de la legalidad jurídico administrativa.

Esta característica nos permite afirmar que, a pesar de que la perspectiva negativa o clásica del principio de legalidad evoca la íntegra sujeción de la Administración pública al ordenamiento jurídico administrativo y en consecuencia, al bloque de legalidad, la función administrativa necesaria y adecuada para alcanzar la satisfacción del interés general de la colectividad no se agota ahí, pues precisamente será la perspectiva positiva de la juridicidad administrativa la que nos brinde una herramienta efectiva para esta labor.

En efecto, estaríamos frente al principio de legalidad administrativa en su vertiente

3 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Curso de Derecho Administrativo, tomo II, Madrid, Editorial Civitas, octava edición, 2002, pág. 92.

4 GARRIDO FALLA (Fernando). Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, undécima edición, editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs. 300-301.

positiva, cuando la Administración pública actúa precisamente ejercitando una previa habilitación normativa que el ordenamiento jurídico ha hecho a su favor, con el fin de llenar, suplir o concretar los más básicos y nobles fines que propenden a la satisfacción de las necesidades colectivas y que son la causa misma de su existencia; es decir, aquí lo importante no será –como en la vertiente negativa de la legalidad- la restricción de la actividad administrativa a lo jurídicamente autorizado, sino que lo relevante será el verdadero despliegue de las conductas, algunas veces de carácter facultativo y otras de carácter prescriptivo –según así lo establezca la norma jurídica-, que sean jurídicamente necesarias y exigibles para dar satisfacción al interés general y que al mismo tiempo, justifican la existencia misma del ente u órgano público.

Precisamente en relación con lo anterior, se presenta la segunda característica de la conducta de fomento y ésta queda referida a que, en algunos casos, dicha conducta se presentará bajo los parámetros de la conducta reglada y en algunos otros, según lo determine el propio ordenamiento jurídico, podrá implicar el ejercicio de conductas administrativas con elementos discrecionales.

Lo anterior quiere decir que, en algunos supuestos, todos los elementos de la respecti-

va conducta administrativa de fomento pueden encontrarse previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, de modo que ante el acaecimiento del presupuesto de hecho o de derecho condicionante de la conducta administrativa, necesariamente deberá producirse ésta a través de la efectiva puesta en marcha de la correspondiente forma de manifestación de la función administrativa, esto es, mediante la adopción de la respectiva conducta formal o material por parte de la Administración pública.

Por su parte, en otros supuestos, los elementos de la conducta administrativa de fomento pueden no encontrarse definidos con rigidez o aunque definidos, lo están de manera imprecisa, de tal modo que le otorgan a la Administración un margen de relativa libertad para elegir o decidir entre opciones igualmente válidas, todo ello en procura de la más oportuna satisfacción del interés público empeñado y por supuesto, con estricto apego no solo a las reglas de una buena administración, sino también a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos, tal como lo establecen los numerales 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública, como también el artículo 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo<sup>5</sup>.

Sumado a lo anterior, en nuestro criterio, la tercera característica de la conducta admi-

5 De relevancia es mencionar que las conductas administrativas que poseen elementos discrecionales deben valorarse, en nuestro criterio, además, en relación con tres conceptos de suma relevancia: i) En primer lugar, según se adopte o no por el operador jurídico, la posición asumida por la **doctrina de la solución única** en lo referente a los conceptos jurídicos indeterminados, la cual en Iberoamérica ha tenido como máximo exponente a don Eduardo García de Enterría, bajo el postulado de que los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles, solamente, de una única solución y no dan margen a una apreciación comparativa entre soluciones igualmente validas desde la mira de la juridicidad (Al respecto Vid. SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad. Editorial Civitas, Madrid, 1976); ii) De acuerdo con la terminología alemana, la valoración del concepto de **reducción a cero de la**

nistrativa de fomento está relacionada con el valor normativo de su consagración dentro del ordenamiento jurídico administrativo, pues al estar dicha conducta prevista en el ordinal 50 constitucional, le provee a aquella una investidura normativa inmediata y directa, que vincula tanto a los Poderes públicos como a todos los habitantes de la República y que conduce su aplicación a través de los elementos fundamentales de la interpretación constitucional, tal como atinadamente lo ha formulado don Manrique JIMÉNEZ MEZA<sup>6</sup>, especialmente bajo los parámetros del principio de la fuerza normativa de la Constitución, el cual le imprime a ésta la máxima eficacia jurídica.

E íntimamente relacionado con lo expuesto en el párrafo anterior, la cuarta característica de la conducta administrativa de fomento es su proyección respecto de los administrados como una situación jurídica específica de derecho subjetivo público<sup>7</sup>, que puede

implicar o no, una relación obligacional, pero que independientemente de ello, con motivo de su consagración con rango constitucional, ostenta una vinculación normativa de rango supremo que es de observancia obligatoria tanto por parte de los administrados como por los poderes públicos<sup>8</sup>.

Todas estas características nos permiten afirmar que, la conducta administrativa de fomento actúa con mayor ímpetu en procura de la satisfacción del interés público, cuando se presenta en el plano práctico bajo los parámetros de la vertiente positiva de la juridicidad administrativa, a través del ejercicio efectivo de conductas administrativas —regladas o discrecionales— que se justifican en nuestro ordenamiento con rango normativo supremo y que, como consecuencia de ello, nos permiten afirmar la existencia de una situación jurídica de poder que posee un sustento normativo superior, oponible frente a particulares y sujetos de derecho público.

---

**discrecionalidad**, en cuyo caso, la discrecionalidad inicial inmersa en la conducta administrativa daría paso a la conducta reglada por parte de la Administración; y, iii) La **discrecionalidad residual** que pueda mantener en sus manos la Administración luego de que una controversia haya sido llevada ante el estrado jurisdiccional contencioso administrativo y éste orden judicial, en ejercicio de la potestad conferida por los artículos 11 y 49 de la Carta Política, así como sus homólogos 11, 15, 16, 59 y 216 de la Ley General de la Administración y los artículos 127 y 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo, haya impuesto los mandatos establecidos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, para el legítimo ejercicio de la potestad discrecional que permanece en forma residual sobre la Administración pública. Para un estudio acabado sobre el tema Vid. GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar), JINESTA LOBO (Ernesto), JIMÉNEZ MEZA (Manrique) y MILANO SÁNCHEZ (Aldo). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En obra en conjunto "El nuevo Proceso Contencioso Administrativo". Poder Judicial, Escuela Judicial, San José, 2006.

6 JIMÉNEZ MEZA (Manrique). La Pluralidad Científica y los métodos de interpretación Jurídico-Constitucional. Editorial Juritexto, segunda edición, San José, 2012.

7 Los derechos subjetivos públicos han sido definidos por el Profesor don Manrique JIMÉNEZ MEZA como los "(...) derechos derivados inmediatamente de la Constitución Política —escrita o no escrita—, que por la trascendencia de su contenido, es la inmediatez su nota distintiva. Para la mayoría de la doctrina, los derechos subjetivos públicos son, con otra denominación, los derechos fundamentales." JIMÉNEZ MEZA (Manrique). La Legitimación Administrativa. Editorial Investigaciones Jurídicas, tercera edición, San José, 2000, pág. 72.

8 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, tercera edición, Madrid, 1985.

## B. Formas de incentivo

Como hemos mencionado, a través de la actividad de fomento, las Administraciones públicas encauzan la conducta de los particulares con el objeto de alcanzar determinados fines que se estiman de interés público.

En aras de conducir la conducta de los administrados por las sendas requeridas por la Administración pública, ésta otorga diversos tipos de incentivos a aquellos particulares, de acuerdo con lo que se haya autorizado previamente por el ordenamiento jurídico.

Don Luis JORDANA DE POZAS<sup>9</sup> hace referencia a los instrumentos que puede utilizar la Administración pública para poner en marcha su actividad de estímulo a la conducta de los sujetos de derecho privado, de modo que, dicho autor avala la posibilidad de que las Administraciones públicas no solo empleen mecanismos de fomento de carácter económico, sino también que puedan utilizar incentivos de carácter jurídico y honorario.

En un sentido muy similar, don Gastón JÉZE se había pronunciado respecto de los tipos de estímulo a la actividad particular, al expresar que "*La administración estimula frecuentemente las obras y establecimientos privados mediante subvenciones, dotaciones y afectaciones de inmuebles a título gratuito. (...) El legislador favorece su desenvolvimiento al autorizar a los particulares a afectar especialmente las*

*cosas y los bienes para conseguir los fines de interés público...*"<sup>10</sup>

En consecuencia, es admisible que los entes y órganos públicos puedan utilizar diversos tipos de incentivos para promover el acaecimiento de determinadas conductas por parte de los administrados, según la autorización normativa que exista al efecto, sin emplear la coacción ni prestar en forma directa o indirecta un servicio público y en procura de la satisfacción de los intereses públicos.

De manera que las Administraciones públicas pueden emplear mecanismos de fomento de carácter económico tales como bonificaciones, incentivos a la exportación de productos no tradicionales, exoneraciones fiscales o subvenciones, pero también es posible la utilización de instrumentos jurídicos puros, que involucran la atribución de un estatus especial para los administrados que hayan adecuado su conducta a los requerimientos del fomento puesto en marcha por la Administración.

En tal sentido, como primer rasgo de diferenciación, es posible encontrar dos supuestos de conducta administrativa de fomento, pues por un lado, según se trate del otorgamiento puro y simple de beneficios a la actividad de los particulares, estaremos frente a la conducta de fomento de carácter positivo, mientras que, por otro lado, en aquellos casos en que se presenten conductas administrativas que suponen desventajas a los administrados que no ajusten su actividad por los cauces

9 V. JORDANA DE POZAS (Luis). Ensayo sobre una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, en sus Estudios de Administración Local y General, Madrid, 1961.

10 JÉZE (Gastón). Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores. Editorial Jurídica Universitaria, volumen 2, México, 2000, pág. 157.

propuestos por la Administración, se tratará de la ejecución de conductas de fomento de carácter negativo.

Ahora bien, en lo que corresponde propiamente a los tipos de estímulo creados por el ordenamiento jurídico y que son ejercitados a través de la adopción de conductas administrativas de fomento, en nuestro criterio, podemos encontrar los siguientes:

- i. Estímulo económico: Corresponde a la conducta administrativa adoptada por la Administración pública a través de la cual se incide de manera positiva o negativa sobre la esfera patrimonial de los administrados, de modo que aquellos encuentran como favorable a sus intereses pecuniarios moldear su actividad a lo procurado por la Administración. De acuerdo con ello, el estímulo de carácter económico se puede diferenciar entre medidas de naturaleza real o financiera.

En tal orden de consideraciones, las medidas que suponen una naturaleza real tienen como principal característica la prestación de bienes o servicios propios de la Administración pública a los particulares, que le genera a éstos una incidencia favorable en sus intereses patrimoniales, por ejemplo, el aprovechamiento por parte del administrado de bienes del dominio público o privado de la Administración; por su parte, las medidas de naturaleza financiera, presentan como rasgo caracterizador la privación de fondos efectiva o potencialmente contenidos en las arcas de la Administración, a través de

la entrega de una suma determinada de dinero al administrado, tal como sucede con las subvenciones y los certificados de abono tributario o forestal, así como, en otros casos, la exoneración o desgravación de obligaciones tributarias a través de una norma con rango de ley, en virtud del principio de reserva legal existente en materia tributaria, de acuerdo con los ordinales 121.13 de la Constitución Política y 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

- ii) Estímulo jurídico: Está referido a las conductas administrativas que tienen repercusión directa sobre cualesquiera de las situaciones jurídicas sustantivas de los administrados, a saber, situaciones jurídicas de poder, de deber, mixtas o bien, de ventaja.
- iii) Estímulo honorífico: Corresponde a la conducta administrativa traducida en medidas que tienen influencia sobre el honor de los administrados y que pueden consistir en reconocimientos, diplomas, medallas, etc., motivados en la adecuación de la actividad de los particulares a los condicionamientos propuestos por la Administración.

Cualquiera de las posibles formas expuestas es susceptible de ser utilizada por la Administración pública, con el objeto de incentivar a los administrados a que dirijan su conducta por los cauces sugeridos por ella, en procura de la satisfacción de los intereses públicos que previamente hayan sido dispuestos por el ordenamiento jurídico y que, para el caso concreto, justifican el ejercicio mismo de la conducta administrativa de fomento.

### C. Precedentes de la Sala Constitucional

En lo que corresponde al tratamiento que ha efectuado nuestro Tribunal Constitucional respecto de la conducta administrativa de fomento, es importante hacer referencia a algunos precedentes específicos dictados por él y en los que, en nuestro criterio, se ha abordado tal tipo de conducta en forma abierta y detallada; veamos:

Mediante el voto No. 1441-92, de las 15:45 horas del 02 de junio de 1992, la Sala Constitucional dispuso:

*“El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo, al disponer que “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” lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho.”*

Por su parte, a través del voto No. 550-95 de las 16:33 horas del 31 de enero de 1995, indicó lo siguiente:

*“El Estado puede, entonces, intentar plasmar sus fines y objetivos socio-económicos impulsando la iniciativa privada, o fomentando, por medio de incentivos, la actividad a que se dedica; o bien, mediante la imposición de ciertos deberes a los particulares con el fin de mantener en un mínimo aceptable el bienestar económico de la población...”*

En semejante sentido, por medio del voto No. 3327-95 de las 15:42 horas del 27 de junio de 1995, la Sala estimó lo siguiente:

“En el caso bajo examen, lleva razón la Procuraduría al señalar que el Poder Legislativo tiene la potestad de introducir regímenes de fomento de los distintos sectores productivos en función de las particularidades que los caracterizan.

En general, los incentivos a la producción de productos no tradicionales y el incremento de las exportaciones del país tiene varias consecuencias positivas, por ejemplo: el país tiene claras posibilidades de salir de la crisis económica, hay mayor disponibilidad de divisas para pagar las importaciones, aumenta el nivel de empleo (el sector privado absorbe mano de obra), existe transferencia de tecnología, desarrollo de nuevas áreas de producción no sujetas a los caprichos del mercado internacional y finalmente, por la ubicación de los proyectos y el tipo de trabajo, permite un desarrollo económico, social, cultural y tecnológico de las áreas rurales del país (...)

En relación a la supuesta violación al artículo 50 de la Constitución Política, la Sala considera que los beneficios e incentivos que establecen las normas aquí impugnadas, lejos de atentar contra el artículo 50, más bien vienen a dar cumplimiento a dicha norma programática. El Estado debe promover y procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, mediante la organización y el estímulo de la producción, así como el más adecuado reparto de la riqueza.”.

Es claro que para la Sala Constitucional existe una habilitación normativa sustantiva, establecida en el numeral 50 de la Carta

Magna, de la cual se desprende el derecho fundamental a la conducta administrativa de fomento y en virtud de cuyos postulados se constituye un apoderamiento normativo de rango supremo al Poder Legislativo para la creación de incentivos a la actividad privada, en aras de alcanzar los intereses públicos encomendados a las Administraciones públicas, quienes producto de su condición servicial y funcional, se encuentran al servicio y en función de la satisfacción del interés general, que no es otra cosa más que la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

En el mismo sentido, de nuevo nuestro Tribunal Constitucional, esta vez por medio del voto salvado emitido por los Magistrados Jinesta Lobo y Godínez Vargas, con ocasión de la sentencia No. 8496-2006 de las 14:46 horas del 14 de junio del 2006, expresó:

“I.-ACTIVIDAD DE FOMENTO, CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO Y EL IMPERATIVO CONSTITUCIONAL PARA EL ESTADO DE ESTIMULAR LA PRODUCCIÓN. La función de fomento en su sentido de promover, estimular o proteger una actividad, tiene gran trascendencia en el Derecho Público –Constitucional y Administrativo-, entendiéndose por tal aquella que propende al mejoramiento del nivel económico y social de la comunidad. Ese concepto se emplea para designar de modo genérico toda actividad pública tendiente a mejorar, fundamentalmente, las condiciones materiales de la vida de un Estado. La actividad de fomento de la Administración tiende a estimular y promocionar las actividades económicas privadas. A través de tales actividades públicas de estímulo lo único que hacen es canalizar parte de los recursos generales de la colectividad

al respaldo de actividades potencialmente interesantes también desde una óptica comunitaria. Se entiende por acción administrativa de estímulo aquella que por razones de interés público tiene como misión la canalización de recursos hacia ciertas actividades que se colocan en situación más favorecida de la que resultaría de una libre dinámica de las relaciones económicas. El Estado altera así las condiciones ordinarias de la economía y coloca a una empresa en mejores condiciones que las que mediarían si tal apoyo no se realizara.

La actividad de fomento puede definirse como la acción de la administración orientada a proteger o promover las actividades, establecimientos o riquezas de los particulares, que satisfacen necesidades públicas o estimadas de utilidad general, sin emplear la coacción ni crear servicios públicos. A través de esta actividad los poderes públicos tienden al logro de un fin de interés público procurando por medios indirectos que los administrados realicen aquello que les interesa, sin obligarlos directamente.”

Como puede apreciarse, la Sala Constitucional ha sido enfática en la existencia de un principio general básico plasmado en el numeral 50 de la Constitución Política, que posibilita el “*mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza*”, que habilita al Estado a edificar sus fines y objetivos socio-económicos a través del impulso a la iniciativa privada o bien, por medio del fomento traducido en incentivos a aquella actividad particular, con la aspiración manifiesta de concretar los fines públicos previamente determinados por el ordenamiento jurídico.

En nuestro criterio, la norma programática consagrada en el artículo 50 constitucional, no solo tiende al mejoramiento del nivel económico, social y cultural de nuestro país, sino que además le brinda al Poder Legislativo la potestad de introducir regímenes y técnicas de fomento a favor de la actividad de los particulares, lo que nos conduce a afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una cláusula normativa de rango supremo que posibilita la concreción del interés general de la colectividad nacional a través de la efectiva puesta en marcha de la conducta pública necesaria para ello por parte de los Poderes públicos.

## **II. El régimen de zonas francas como conducta de fomento**

### **A. Conceptualización del régimen de zonas francas**

El régimen de zonas francas es un instrumento de política económica-comercial, creado por el Estado con la aspiración manifiesta de atraer al país la inversión extranjera directa, así como para promover las exportaciones, en aras de lograr un mayor crecimiento de la economía nacional y de acrecentar el nivel de vida de los habitantes de la República.

Tal régimen se encuentra regulado en la Ley del Régimen de Zonas Francas, Ley N° 7210 del 23 de noviembre de 1990 y, básicamente, se entiende por “zona franca” el lugar autorizado por el Poder Ejecutivo, dentro de los parámetros establecidos por la ley de cita, adonde se establecen un grupo de empresas beneficiadas con dicho régimen, el cual está constituido por el conjunto de incentivos y estímulos que el Estado otorga

a las empresas que inviertan en el país, en el tanto cumplan los requisitos y obligaciones establecidos en la Ley N° 7210 del 23 de noviembre de 1990 y su Reglamento.

Puede señalarse, sin temor a equívocos, que el concepto de “zona franca” se refiere tanto al régimen de estímulos que al efecto otorga el Estado a las empresas que adquieren el estatus de empresa beneficiaria del régimen y que precisamente por ello, se encuentran bajo una relación de sujeción especial con la Administración pública, así como al ámbito territorial en el cual se hallan instaladas tales empresas beneficiarias del régimen de fomento.

No obstante, para que el administrado pueda gozar efectivamente de los estímulos otorgados por la conducta administrativa de fomento, se requiere de un acto de concreción de la norma, a través del cual, el Poder Ejecutivo en sentido estricto, valora y constata que el particular haya adecuado su conducta a las vías propuestas por la Administración y que, para el caso concreto, se hallan previamente establecidas en la norma jurídica.

Consecuentemente, la persona, sea física o jurídica, podrá hacer efectivo el disfrute de los beneficios del régimen de fomento, una vez que haya sido emitido un acuerdo por parte del Poder Ejecutivo —denominado para todo efecto como acuerdo de otorgamiento— a través del cual, el Estado no solo autoriza la instalación del beneficiario dentro de la demarcación territorial definida para ese fin, sino que además le otorga al administrado, formal y sustantivamente, el estatus de sujeción especial respecto de la Administración, con todos los derechos y deberes que ello apareja.

## **B. Modos de estímulo a la conducta de los particulares**

Tal como fue expuesto líneas arriba, las formas utilizadas por la Administración para incentivar la conducta de los administrados se traducen en estímulos de carácter económico, jurídico o bien honorífico. En lo que corresponde al régimen de zonas francas, tenemos que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley No. 7210, los beneficios e incentivos que se brindan a sus beneficiarios son los siguientes:

- i) Internar a la zona franca la materia prima, los productos elaborados o semielaborados, los componentes y las partes, los materiales de empaque y envase, y las demás mercancías requeridas para su operación, sin sujeción al pago de todo tributo y derecho consular sobre la importación.
- ii) Exención de todo tipo de tributo de importación o impuesto interior respecto de los materiales de empaque, embalaje y envase, así como en lo que se refiere a los desechos de equipo de cómputo, electrónicos y otros desechos derivados de las actividades de las empresas de zona franca, siempre y cuando esos materiales de empaque, envases, embalajes y desechos estén destinados al reciclaje o a la reutilización.
- iii) Internar a la zona franca la maquinaria y el equipo, lo mismo que sus accesorios y repuestos, sin sujeción al pago de todo tributo y derecho consular sobre la importación. Adicionalmente, gozarán de exención de todo tributo y derecho

consular que afecte la importación de vehículos automotores necesarios para su operación, producción, administración y transporte.

Así mismo, el inciso b) del artículo 20 de la Ley del Régimen de Zonas Francas, en relación con el numeral 57 del Reglamento a dicha Ley, establece que los vehículos y partes de vehículos que pueden exonerarse son los siguientes:

- Chasis con cabina de una a dos toneladas de capacidad de carga.
  - Camiones o chasis para camiones.
  - "Pick-up" de una o dos toneladas de capacidad de carga, con una cilindrada máxima de 4000 centímetros cúbicos.
  - Vehículos con una capacidad mínima para quince pasajeros.
- iv) Exención de todo tributo y derecho consular que pese sobre la importación de los combustibles, aceites y lubricantes requeridos para la operación de estas empresas. No obstante, tal exención se otorgará únicamente cuando estos bienes no se produzcan dentro del país en la calidad, cantidad y oportunidad necesarias. Para importarlos, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio deberá otorgar la autorización previa y pronunciarse, mediante resolución razonada, en un plazo máximo de quince días hábiles.
  - v) Exención de todo tributo asociado con la exportación o re-exportación de productos. Esta exención se otorgará para la re-exportación de la maquinaria de producción y equipos de las zonas francas, ingresados al amparo de la Ley No. 7210.

- vi) Exención, por un período de diez años a partir de la iniciación de las operaciones, del pago de impuestos sobre el capital y el activo neto, del pago del impuesto territorial y del impuesto de traspaso de bienes inmuebles.
- vii) Exención del impuesto de ventas y consumo sobre las compras de bienes y servicios.
- viii) Exención de todo tributo que pese sobre las remesas al extranjero.
- ix) Exención de todos los tributos a las utilidades, así como de cualquier otro cuya base imponible se determine en relación con las ganancias brutas o netas, los dividendos abonados a los accionistas o los ingresos o las ventas, de conformidad con la siguiente diferenciación dispuesta en el inciso g) del artículo 20 de la Ley del Régimen de Zonas Francas:
  - 1) Para las empresas ubicadas en la Gran Área Metropolitana Ampliada (GAMA)<sup>11</sup>, la exención será de un cien por ciento (100%) hasta por un período de ocho años y de un cincuenta por ciento (50%) en los siguientes cuatro años.
  - 2) Para las empresas ubicadas fuera del Gran Área Metropolitana Ampliada (GAMA), la exención será de un ciento por ciento (100%) hasta por un período de doce años y de

un cincuenta por ciento (50%) en los siguientes seis años.

Dichos plazos se contarán a partir de la fecha de inicio de las operaciones productivas de la empresa beneficiaria, siempre que dicho plazo no exceda de tres años a partir de la publicación del respectivo acuerdo de otorgamiento.

- x) Exención de todo tributo y patente municipales por un período de diez años.
- xi) Exención de todo tributo sobre la importación y exportación de muestras comerciales o industriales, previa autorización de la Promotora del Comercio Exterior.
- xii) Con el fin de propiciar el mejor desarrollo de sus operaciones, las empresas acogidas al régimen de zonas francas pueden realizar toda clase de actos y contratos en moneda extranjera - en cuyo caso, los importes correspondientes deberán pagarse necesariamente en ese tipo de moneda- referentes a sus transacciones internacionales o a aquellas efectuadas con las demás empresas establecidas bajo el mismo régimen.
- xiii) Las empresas clasificadas como procesadoras de exportación, en los términos del artículo 17 de la Ley del Régimen de Zonas Francas, que al cumplir cuatro años de operar bajo dicho régimen, reinviertan en el país, podrán

<sup>11</sup> De acuerdo con el artículo 20, párrafo in fine, de la Ley del Régimen de Zonas Francas, se entiende como Gran Área Metropolitana Ampliada (GAMA) la Gran Área Metropolitana definida en el Plan de desarrollo urbano, más los siguientes cantones: Grecia -excluido el distrito de Río Cuarto-, Valverde Vega, Naranjo, Palmares y San Ramón-excluidos los distritos de Peñas Blancas, Zapotal, Piedades Norte, Piedades Sur y Ángeles.

recibir una exención adicional del pago del impuesto sobre la renta, de conformidad con los parámetros siguientes:

1. Si la reinversión excede del veinticinco por ciento (25%) de la inversión original, la exención será por un año adicional.
2. Si la reinversión excede del cincuenta por ciento (50%) de la inversión original, será por dos años adicionales.
3. Si la reinversión excede del setenta y cinco por ciento (75%) de la inversión original, será por tres años adicionales.
4. Si la reinversión excede del ciento por ciento (100%) de la inversión original, será por cuatro años adicionales.

Las exenciones adicionales serán del setenta y cinco por ciento (75%) del impuesto sobre la renta por pagar y regirán después de cumplido el octavo año de operaciones, sin perjuicio de las exenciones correspondientes al período final de cuatro años otorgado originalmente, el cual regirá una vez que venza el período de la exención adicional a la que hacemos referencia.

Por su parte, cuando se trate de empresas instaladas en zonas de menor desarrollo relativo, la exención adicional otorgada regirá una vez cumplido el décimo segundo año de operaciones, sin perjuicio de las exenciones correspondientes al período final de seis años otorgado originalmente, el cual regirá cuando venza el período de esta exención adicional indicada.

De la misma forma, la Ley del Régimen de Zonas Francas, en su inciso l), es clara en el sentido de que la reinversión que da lugar a la exención adicional deberá completarse luego de cumplido el cuarto año y antes de iniciarse el octavo año de operaciones al amparo del Régimen de Zonas Francas y dicha exención adicional solo podrá otorgarse a empresas cuya inversión original inicial en activos fijos haya sido al menos de dos millones de dólares (US\$2.000.000,00).

- xiv) En lo que corresponde a las empresas beneficiarias del régimen clasificadas bajo el inciso f) del artículo 17 de la Ley del Régimen de Zonas Francas, de acuerdo con lo establecido en el inciso f) del artículo 21 ter y en los ordinales 137 a 139 del Reglamento a dicha Ley, tendrán derecho a un crédito fiscal por la reinversión de utilidades en activos fijos nuevos, los gastos incurridos dentro del país o fuera de este en relación con el entrenamiento y la capacitación del personal costarricense o residente en Costa Rica que labore para la empresa en el país, así como gastos incurridos dentro del país en relación con el entrenamiento y la capacitación de micro, pequeñas y medianas empresas que reúnan los requisitos establecidos reglamentariamente y que sean proveedoras de las empresas beneficiarias del régimen de zonas francas.

Dicho crédito se deducirá del monto del impuesto sobre la renta por pagar, hasta por un diez por ciento (10%) de la renta imponible en cada período fiscal. Cuando el monto de los gastos sea superior al límite indicado del diez por ciento (10%) en un período fiscal, la diferencia podrá ser utilizada como crédito en cualquiera de

los cinco períodos fiscales consecutivos siguientes, a opción del contribuyente, pero el crédito aplicable en cada período fiscal no podrá superar el límite del diez por ciento (10%) antes indicado.

- xv) Adicionalmente, las empresas beneficiarias del régimen clasificadas bajo el inciso f) del artículo 17 de la Ley No. 7210, que cumplan los requisitos que se hallan en el inciso e) del artículo 21 ter de la misma Ley, o se ubiquen fuera del Gran Área Metropolitana Ampliada (GAMA), podrán diferir el pago del impuesto sobre la renta aplicable hasta la recepción por parte de la entidad controladora de los dividendos o beneficios originados en las operaciones de la empresa acogida al régimen, o hasta un plazo máximo de diez años, lo que ocurra primero, contado a partir del día siguiente al cierre del período fiscal respectivo. Para tales efectos, la empresa beneficiaria del régimen, deberá cumplir las reglas establecidas en el inciso g) del artículo 21 ter de la Ley del Régimen de Zonas Francas y en el artículo 140 de su Reglamento.

- xvi) Sumado a lo anterior, el artículo 21 de la Ley No. 7210, le otorga a las empresas beneficiarias del régimen de zonas francas, la asistencia para la selección de su personal así como para el entrenamiento, coordinado por el Instituto Nacional de Aprendizaje, para sus empleados y sus aspirantes a empleados. Dicha norma también brinda a las empresas beneficiarias del régimen la posibilidad de solicitar asistencia y asesoramiento en sus requerimientos y necesidades ante las instituciones públicas o privadas y, provee a sus

empleados y sus respectivas familias, asistencia en cuanto a vivienda y educación.

Corolario de lo expuesto, puede concluirse que la Ley del Régimen de Zonas Francas está constituida, principalmente, por una serie de estímulos de carácter económico a la actividad de los particulares, sin perjuicio de la existencia de estímulos de carácter jurídico, que tienen incidencia sobre las situaciones jurídicas sustanciales de las empresas beneficiarias del régimen y de sus empleados, todo ello en procura de alcanzar la satisfacción de los intereses públicos encomendados a la Administración pública.

### ***C. Interés público procurado por la Administración***

Como hemos expuesto, la actividad de fomento a la iniciativa privada contribuye a la satisfacción de los intereses públicos y propende al mejoramiento y a la consolidación de una mejor calidad de vida para todas las personas, por lo que es una pieza clave para dinamizar el principio de desarrollo de los pueblos contenido en el numeral 50 de la Constitución Política.

En nuestro criterio, a través del régimen de zonas francas, en su condición de conducta administrativa de fomento adoptada por el Estado, se procura dar cumplimiento a fines públicos de suma trascendencia, tales como el incremento del nivel de empleo, el aumento de la riqueza del país por medio de nuevas inversiones y de proyectos llevados a cabo en el propio territorio nacional, así como el desarrollo de nuevas tecnologías y

la consecuente especialización de la mano de obra. Lo anterior, sin duda, implica un mayor desarrollo económico y social del país, razón por la cual, se puede afirmar que el cumplimiento de tales fines públicos contribuye a dar satisfacción al interés general.

Consecuentemente, por medio del desarrollo económico y social del país, propiciado en la conducta administrativa de fomento, en su condición de interés propio de la comunidad nacional, se posibilita una mayor disponibilidad de divisas para el pago de las importaciones, se promueve el crecimiento de las exportaciones, se brinda apoyo a las pequeñas y medianas empresas exportadoras, se fomenta el crecimiento del nivel de empleo a través de la absorción de la mano de obra por el sector privado, la transferencia de tecnología y el incremento de conocimientos para la mano de obra costarricense y, finalmente, se posiciona al país como un atractivo dentro de la competencia internacional en lo que corresponde a la atracción de la inversión extranjera directa.

### **III. De las subvenciones restringidas en el marco del comercio internacional**

Es de interés referirse a la posible incidencia de los tratados internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa sobre la conducta administrativa de fomento; precisamente sobre el particular, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial del Comercio, aprobado en nuestro país mediante Ley No. 7475, establece en su numeral 3 lo siguiente:

#### *“Artículo 3*

##### *Prohibición*

*3.1.- A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas:*

*a) las subvenciones supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I;*

*b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.*

*3.2.- Ningún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1.” (Lo resaltado es nuestro).*

*En los términos de la norma antes transcrita, particularmente en lo respectivo al supuesto establecido en el inciso a) del párrafo 1, debe entenderse que la norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aún sin haberse supeditado de pleno derecho a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o a los ingresos de exportación reales o previstos.*

*Por su parte, en lo relativo al inciso b) de la norma de cita, ésta es clara en cuanto dispone que deben entenderse como prohibidas las subvenciones que se hallan supeditadas al empleo de productos nacionales con prelación a los que son importados.*

### **IV. Conclusiones**

La conducta administrativa de fomento, en nuestro criterio, debe entenderse como una forma de intervención efectuada por el Estado o por una Administración pública de carácter descentralizado, a través de la cual se incentiva la conducta de los administrados mediante el otorgamiento de variados tipos de beneficios con el objeto de encauzar dicha conducta particular por las sendas requeridas por la Administración para lograr la cristalización de los intereses públicos que ésta representa y que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico como justificación misma de su existencia.

Para tales efectos, es admisible que los entes y órganos públicos puedan utilizar diversos tipos de incentivos para promover el acaecimiento de determinadas conductas por parte de los administrados, según la previsión normativa específica que en cada caso exista, en atención al principio de juridicidad del comportamiento administrativo, en sus vertientes tanto negativa como positiva.

En tal sentido, el régimen de zonas francas comprende y otorga una serie de estímulos de carácter económico y jurídico a la actividad de los administrados, con la manifiesta aspiración de conducir la

conducta de los particulares a través de los cauces requeridos por la Administración pública, de modo que, en el caso concreto, el Estado, sin emplear la coacción ni prestar en forma directa o indirecta un servicio público, procura la satisfacción de las necesidades colectivas y que, por ende, se encuentran íntimamente relacionadas con el interés general, entendido como expresión de los intereses individuales coincidentes dentro de la comunidad nacional<sup>12</sup>.

Finalmente, la conducta administrativa de fomento, al encontrarse consagrada en el ordinal 50 constitucional, ostenta un rango normativo supremo que nos permite afirmar la existencia de un derecho subjetivo público, susceptible de ser opuesto tanto frente a los particulares como a sujetos de derecho público. Ello no solo tiende al mejoramiento del nivel económico, social y cultural de nuestro país y de todos sus habitantes, sino que además le brinda al Poder Legislativo la potestad de introducir regímenes y técnicas de fomento a favor de la actividad de los particulares, razón por la cual, podemos enunciar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una cláusula normativa superior que posibilita la concreción del interés general a través de la efectiva puesta en marcha de la conducta pública necesaria para ello por parte de todos los Poderes públicos.

<sup>12</sup> Precisamente sobre este aspecto, don Héctor ESCOLA, definió el concepto de interés público de la siguiente manera: “(...) el interés público no es más que un querer mayoritario orientado a la obtención de valores pretendidos, esto es, una mayoría de intereses individuales coincidentes, que es interés porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria, y que es público porque se asigna a toda la comunidad, como resultado de esa mayoría coincidente.” ESCOLA (Héctor Jorge). El interés público como fundamento del derecho administrativo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 240.

## V. Bibliografía

ESCOLA (Héctor Jorge). El interés público como fundamento del derecho administrativo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Curso de Derecho Administrativo, tomo II, Madrid, Editorial Civitas, octava edición, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, tercera edición, Madrid, 1985.

GARRIDO FALLA (Fernando). Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, undécima edición, editorial Tecnos, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar), JINESTA LOBO (Ernesto), JIMÉNEZ MEZA (Manrique) y MILANO SÁNCHEZ (Aldo). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En obra en conjunto "El nuevo Proceso Contencioso Administrativo". Poder Judicial, Escuela Judicial, San José, 2006.

JÉZE (Gastón). Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores. Editorial Jurídica Universitaria, volumen 2, México, 2000.

JIMÉNEZ MEZA (Manrique). La Legitimación Administrativa. Editorial Investigaciones Jurídicas, tercera edición, San José, 2000.

JIMÉNEZ MEZA (Manrique). La Pluralidad Científica y los métodos de interpretación Jurídico-Constitucional. Editorial Juritexto, segunda edición, San José, 2012.

JORDANA DE POZAS (Luis). Ensayo sobre una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, en sus Estudios de Administración Local y General, Madrid, 1961.

PARADA VÁZQUEZ (Ramón). Derecho Administrativo I, Parte General, novena edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 1997.

SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad. Editorial Civitas, Madrid, 1976.

# DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTEAMERICANA DE DEECHOS HUMANOS

*Diana Montero  
Alonso Salazar*

## Resumen.

El derecho de defensa como una garantía procesal se encuentra íntimamente ligado con la noción de debido proceso, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) artículo 8 como en la Jurisprudencia de la Corte. Se presenta en este artículo una selección de pronunciamientos relevantes de la Corte IDH por medio de los cuales se han perfilado no solo el contenido del artículo 8 ut supra indicado, sino además de las nociones básicas que se contemplan como constitutivas de ese derecho de defensa.

## Palabras clave.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derecho de Defensa. Debido Proceso. Garantías Procesales.

## Abstract.

The right of defense as a procedural guarantee is closely linked to the notion of due process, both in Article 8, American Convention on Human Rights (ACHR), as in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. We present in this paper a selection of relevant pronouncements of this Court which show the contents of Article 8,

and also the basics concepts that are seen as constitutive of the right of defense.

## Key Words.

Inter-American Court of Human Rights. American Convention on Human Rights. Right of defense. Due process. Procedural guarantee.

## Sumario.

1. Introducción.
2. Derecho de defensa y debido proceso.
3. Las garantías procesales.
  - 3.1. Juez competente, independiente e imparcial/ Deber de motivación (Art. 8.1 CADH).
  - 3.2. Presunción de Inocencia (Art. 8.2 CADH).
  - 3.3. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada (Art. 8.2.b) CADH).
  - 3.4. Oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa / Derecho a interrogar testigos y peritos y hacer que comparezcan a estrados judiciales (Art. 8.2.c) y 8.2. f) CADH).
  - 3.5. Derecho a ejercer la defensa, sea personalmente o bien mediante defensor técnico con el cual se pueda comunicar libre y

privadamente (Art. 8.2.d), 8.2.e) CADH).

- 3.6. Derecho de recurrir el fallo ante el juez competente o tribunal superior (Art. 8.2.h) CADH).
- 3.7. Derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable/ Confesión es válida únicamente si se realiza sin coacción (Art. 8.2.g), 8.3) CADH).
- 3.8. Principio de Ne bis in ídem (Art. 8.4 CADH).
- 3.9. Publicidad del Proceso Penal (Art. 8.5 CADH).
4. Conclusión.
5. Bibliografía.

## 1. Introducción.

“El Debido Proceso llamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [...], “derecho de defensa procesal”, consiste en “...el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”.

Este derecho se encuentra identificando el debido proceso con el contenido del artículo 8 de la Convención Americana, el que debe

ser interpretado de manera amplia.

Es decir, su interpretación debe apoyarse tanto en el texto literal de la norma como en su espíritu, y con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Para la Corte, el debido proceso, abarca las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”; a efectos de “que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”; constituyendo un límite infranqueable a la discrecionalidad del poder público, en cualquier materia.<sup>1</sup>

## 2. Derecho de defensa y debido proceso.

De lo ya expuesto se denota indudablemente un nexo entre el debido proceso y el respeto del derecho de defensa, en cualquier tipo de procedimiento principalmente desde la perspectiva del proceso penal y su interpretación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

Inicialmente debe apuntarse que dicha conexión inmediatamente remite a la consideración de las garantías judiciales

<sup>1</sup> Así, Loayza Tamayo, C., El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, visto en [http://www.google.co.cr/uri?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CFYQFJAJ&url=http%3A%2F%2Fblog.pucp.edu.pe%2Fmedia%2F1111%2F20090706-DEBIDO\\_PROCESO\\_JURISPRUDENCIA\\_CORTEIDH-1-.doc&ei=ibWiUJmYF5Ga8gSp0YCAAQ&usq=AFQjCNE4d4yM-C8v1ppIWbyc4a8jNGd4Yg](http://www.google.co.cr/uri?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CFYQFJAJ&url=http%3A%2F%2Fblog.pucp.edu.pe%2Fmedia%2F1111%2F20090706-DEBIDO_PROCESO_JURISPRUDENCIA_CORTEIDH-1-.doc&ei=ibWiUJmYF5Ga8gSp0YCAAQ&usq=AFQjCNE4d4yM-C8v1ppIWbyc4a8jNGd4Yg), última consulta: 13 noviembre 2012, 15:10. Citando *Caso Genie Lacayo*. párr. 74; *Caso Las Palmeras*. párr. 58; *Caso Durand y Ugarte*. párr. 128; *Caso Blake*. párr. 96; *OC-9/87 “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. párr. 28; *Caso Baena Ricardo*. párr. 124 y *Caso Las Palmeras*. Voto razonado de los Jueces Cancado y Pacheco. párr. 16.

expresas en el artículo 8<sup>2</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). Lo anterior pues no podría concebirse debido proceso sin el cumplimiento de las mismas y consecuentemente tampoco respeto al derecho de defensa. Ya ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “(...) al referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención, esta Corte ha manifestado que **en el proceso se deben observar todas las formalidades que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”** (la negrita es suplida)<sup>3</sup>.

## 3. Las garantías procesales.

De seguido se procederá a referirse a algunas de estas garantías cuya interpretación permite a la vez establecer una recopilación de consideraciones que permitirán vislumbrar el perfil del derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte IDH.

### 3.1. Juez competente, independiente e imparcial/ Deber de motivación (Art. 8.1 CADH).

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

<sup>2</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
  2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
    - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
    - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
    - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
    - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
    - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
    - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
    - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
    - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
  3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
  4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
  5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.
- <sup>3</sup> **Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.** Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. párr. 132. Citando *Caso Herrera Ulloa*, párr. 147; *Caso Maritza Urrutia*, párr. 118; y *Caso Myrna Mack Chang*, párr. 202.

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[...]

La Corte IDH ha determinado que el “derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.<sup>4</sup> Esto pues “el debido proceso “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”.<sup>5</sup>

Respecto a la independencia e imparcialidad que deben caracterizar al juzgador, la doctrina ha señalado el significado de cada una de ellas, indicando que si bien es cierto, es posible que se encuentren relacionados y que donde no exista independencia tampoco haya imparcialidad, en realidad, son características diferentes.

Así pues, la garantía de Independencia se debe entender como la autonomía de la cual debe gozar todo tribunal en el ejercicio de su funciones jurisdiccionales, en relación con cualquier otro órgano del Estado, en razón del principio de división de poderes, mientras que la garantía de Imparcialidad, se refiere a la actitud que debe tener el órgano jurisdiccional al momento de tomar una decisión en un caso concreto, de manera que carezca de prejuicios o parcialidades.<sup>6</sup>

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso *Aptiz Barbera vs Venezuela*, encontramos desarrollado el tema de la independencia en el párrafo 131 que señala la libertad de expresión de que gozan los funcionarios públicos y cuales son las características que deben tener sus declaraciones, por ejemplo deben tratar de constatar de manera razonable los hechos que den fundamento a sus declaraciones, así como también, en razón de su condición de garante de los derechos humanos, en sus declaraciones deben ser respetuosos de esos derechos. Propiamente en cuanto al tema de la independencia se señala que “... los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión

4 Ibid. párr. 143. *Citando Caso Castillo Petruzzi y otros*, párr. 129; *Caso de los 19 Comerciantes*, párr. 165; *Caso Las Palmeras*, párr. 51; y Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

5 Idem. párr. 144. *Citando Caso Tibi*, párr. 118; *Caso Castillo Petruzzi y otros*, párr. 131; *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 No. 8., párr. 30; y *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 No. 9, párr. 20.

6 Medina Quiroga Cecilia, *La Convención Americana, teoría y jurisprudencia*, p. 298

lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador.”<sup>7</sup>

La misma sentencia en su párrafo 138 indica que una de las formas de garantizar la independencia de los jueces es un proceso de nombramiento adecuado así como la fijación de una duración establecida en el cargo. Además, la Corte ha señalado (párrafos 43 y 44 de la sentencia en comentario) que tanto los jueces titulares como los jueces interinos, no puedan estar sujetos a remoción discrecional sino que debe existir un procedimiento que les brinde estabilidad en el cargo, ya que los nombramientos provisorios atentan contra la independencia del juez, igual que ocurre cuando un grupo importante de jueces se mantienen en ese estado. Incluso en el párrafo 55 se ha señalado que el principio de separación de poderes tiene entre sus mayores objetivos garantizar la independencia de los jueces, tanto de manera individual de cada juzgador, como de manera institucional en relación con el Poder Judicial.

En cuanto a este tema, la sentencia del Caso Tribunal Constitucional vs Perú, se refiere ampliamente citando la relación existente entre el principio de Separación de Poderes propio de un verdadero Estado de Derecho y la garantía de independencia de los jueces, por lo desarrolla valiosa jurisprudencia al respecto: “73. **Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos,**

**es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución.**

Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que:

*La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.”<sup>8</sup>*

Además, la sentencia en comentario detalla el mecanismo que contemplan los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura, relativos a la destitución de los jueces, destacando el tema de la imparcialidad que debe tener quien lo aplica:

“74. En cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, los mismos Principios disponen: *Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.*

En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el

7 Corte IDH. *Caso Aptiz Barbera y otros*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 131.

8 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 73.

procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa.”<sup>9</sup> Es decir, que el juez o magistrado sometido a un proceso de destitución, debe tener frente a sí un órgano imparcial para el conocimiento de su causa así la posibilidad de ejercer plenamente el derecho de defensa.

Un tema desarrollado por esta sentencia, el cual reviste particular importancia, hace referencia a las garantías de independencia de que debe gozar un juez de materia constitucional, en razón de la delicada materia que conoce. Así el párrafo 75 indica:

**“75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento.** Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.”<sup>10</sup> (La negrita no es del original).

Como vemos el tema de la independencia del juez, es básico en un sistema democrático, pues garantiza que cuando un ciudadano somete su caso a los tribunales de justicia, en particular, cuando se trata de justicia constitucional, el juzgador resolverá conforme a los instrumentos internacionales, Constitución Política y Leyes, y no respondiendo a los intereses de los otros

poderes del Estado. Realmente de esa forma, se garantiza el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, en cuanto a la imparcialidad, la Corte Interamericana ha establecido que “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”<sup>11</sup>

En el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, la víctima alegó la violación al principio de imparcialidad pues los dos recursos de Casación interpuestos contra las sentencias dictadas por los dos tribunales de juicio que resolvieron el caso, la primera sentencia absolutoria que fue anulada y la segunda sentencia condenatoria que fue confirmada, fueron resueltos por los mismos miembros de la Sala Penal. Con respecto a este reclamo la Corte Interamericana resolvió condenando a Costa Rica, pues indicó que:

“171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial

es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. (...)

174. Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma.”<sup>12</sup>

Para garantizar la imparcialidad y la independencia, la Corte rescata la figura de la recusación, indicando que “... la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose

de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. **La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.**”<sup>13</sup> (La negrita es suplida).

Lo anterior claramente busca erradicar los procedimientos de corte inquisitivo en donde los jueces se constituyen en los “reyes” de los juzgados, para imponer juzgamientos con apego al principio de legalidad y el respeto de las demás garantías judiciales que contempla la CADH. Esto pues el “[e]l juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana (...).”<sup>14</sup>

Tal idoneidad se alcanza a través de la figura del juez natural. La Corte IDH ha sido enfática en ello, “El artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”, disposición que se relaciona con el concepto de juez natural, una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto sector de la doctrina, como un presupuesto de aquél. Esto implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general,

<sup>9</sup> *Ibíd.* párr. 74.

<sup>10</sup> *Idem.* párr. 75.

<sup>11</sup> **Corte IDH.** *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. párr. 98. *Citando Caso Apitz Barbera y otros*, párr. 56.

<sup>12</sup> **Corte IDH.** *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 171 y 174

<sup>13</sup> *Óp. cit.*, n.p. [7], párr. 63.

<sup>14</sup> **Corte IDH.** *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 130.

por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”<sup>15</sup>

“El juez natural deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Consecuentemente, en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores”.<sup>16</sup> “La figura del juez natural “impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales”.<sup>17</sup>

En concordancia con lo anterior se prohíbe el ejercicio de aquellos jueces no nombrados por ley y además de aquellos no identificables, los llamados “jueces sin rostro”. La Corte IDH se ha pronunciado a este respecto en el caso *Lori Berenson Mejía* en donde señaló como violación al artículo 8.1 de la CADH “la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria hubieran sido “sin rostro”, [pues ello] determinó la imposibilidad de que el procesado conociera la identidad del juzgador y, por ende, valorara su idoneidad”.<sup>18</sup>

Este aspecto resulta de suma importancia, pues tanto para quien ejerce la defensa técnica como para la defensa material, entendida como la persona sometida al proceso, conocer quien lo juzga es fundamental para determinar si cumple con los requisitos necesarios para cumplir con la función, desde el punto de vista de la independencia e imparcialidad mencionados anteriormente, como también desde la perspectiva del conocimiento y experticia requerido para tan delicada labor.

Ahora bien, no puede concluirse este apartado sin antes referirse al tema de los “fueros” que se presentan en algunos países. “El fuero ha sido establecido para proteger la integridad de la función estatal que compete a las personas a las que alcanza esta forma de inmunidad y evitar, así, que se altere el normal desarrollo de la función pública. No constituye un derecho personal de los funcionarios. Sirve al interés público. Entendido en esos términos, el fuero persigue un fin compatible con la Convención. Por su parte, la conexidad busca el fin, convencionalmente aceptable, de que un mismo juez conozca diversos casos cuando existen elementos que los vinculen entre sí. De esta forma, se evita incurrir en contradicciones y se garantiza la unidad de las decisiones y la economía procesal”<sup>19</sup>.

Con respecto a su relación con el juez natural, la Corte expresó, en el caso *Barreto Leiva Vs Venezuela* determinó que “el fuero

15 Óp. cit., n.p. [11], párr. 75.

16 *Ibíd.* párr. 76. *Citando 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.

17 Óp. cit., n.p. [14], párr. 125. Consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

18 Óp. cit., n.p. [3], párr. 147. *Citando Caso Cantoral Benavides*, párr. 127; y *Caso Castillo Petrucci y otros*, párr. 133.

19 Óp. cit., n.p. [11], párr. 74.

no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el Poder Legislativo y atiende a una finalidad legítima, como antes se manifestó. De esta forma, no sólo se respeta el derecho en cuestión sino que el juez de fuero se convierte en el juez natural del aforado. Si, por el contrario, la ley no consagra el fuero y éste es establecido por el Ejecutivo o por el propio Poder Judicial, distrayéndose así al individuo del tribunal que la ley consagra como su juez natural, se vería vulnerado el derecho a ser juzgado por un juez competente. Del mismo modo, si la conexidad está expresamente reglada en la ley, el juez natural de una persona será aquél al que la ley atribuya competencia en las causas conexas. Si la conexidad no está reglada por la ley, sería violatorio distraer al individuo del juez originalmente llamado a conocer el caso”.<sup>20</sup> Otro aspecto el cual se encuentra contemplado en el numeral 8.1 CADH, es el deber de motivación sobre el cual ha dicho la jurisprudencia que permite criticar la resolución y generar su examen por parte de órganos jurisdiccionales de nivel superior. Así, en el caso *Aptiz Barbera vs Venezuela* se indica:

77. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones

que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

78. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas ...”<sup>21</sup>

### **3.2. Presunción de Inocencia (Art. 8.2 CADH).**

En primera instancia el inciso 2 del artículo 8 de la CADH recoge el principio de inocencia: **Artículo 8. Garantías Judiciales**[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]

“El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo [en cita (...)], exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”.<sup>22</sup> Este criterio resulta sumamente

20 *Ibíd.* párr. 77.

21 **Corte IDH.** *Caso Aptiz Barbera vs Venezuela.* Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrafo.

22 Óp. cit., n.p. [3], párr. 160. *Citando Caso Tibi*, *supra* nota 3, párr. 182; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 3, párr. 153; y *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 25, párr. 120.

importante en la sociedad moderna, en la cual, los juicios mediáticos se encuentran a la orden del día, por lo que se debe velar porque la persona sometida a un juzgamiento, tenga la garantía del juicio público, pero eso sí, sin que esa publicidad se preste a una exhibición de la persona como culpable, sin que se haya llegado a la necesaria demostración de su responsabilidad en los hechos.

Además la Presunción de Inocencia, “Exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.<sup>23</sup> Para la Corte, también se viola, el principio de presunción de inocencia, cuando un órgano jurisdiccional incompetente atribuye a una persona la comisión de un delito.<sup>24</sup> Téngase como ejemplo de lo anterior el caso Loayza Tamayo en el que la Corte declaró que “El Perú, por conducto de la jurisdicción militar, infringió el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a la señora María Elena Loayza Tamayo la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello, pues en todo caso, [...] esa imputación sólo correspondía hacerla a la jurisdicción ordinaria competente.”<sup>25</sup>(el subrayado es suplido)

23 Óp. cit., n.p. [1].

24 Ibid.

25 Ídem. *Citando* Caso Loayza Tamayo. párr. 63.

26 Óp. cit., n.p. [3], párrs. 36 y 38.

27 **Corte IDH.** *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. párr. 159. Citando O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 36.

Continuando con la determinación del principio de inocencia, por su parte es criterio de la Corte Europea que:

[el derecho a la] presunción de inocencia puede ser violado no sólo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública. [...]

[el] artículo 6 párrafo 2 [de la Convención Europea] no puede impedir a las autoridades informar al público acerca de las investigaciones criminales en proceso, pero lo anterior requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela necesarias para que [el derecho a] la presunción de inocencia sea respetado.<sup>26</sup>

A nivel normativo el Principio trigésimo sexto del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de las Naciones Unidas, establece que:

[s]e presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.<sup>27</sup>

Ahora bien, debe tenerse presente que ante esta presunción, la carga de la prueba

corresponde a quien no está siendo enjuiciado, es decir al acusador, siendo éste quien debe demostrar sin cabida de duda la culpabilidad del inculpado. Esto ha sido sostenido sendas veces por la Corte IDH, en específico en el caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú, señaló que el principio de inocencia debe concebirse como el fundamento de las garantías judiciales y que en el caso del señor Urcesino Ramírez Rojas en el cual en sentencia de primera instancia de 30 de septiembre de 1994 se desestimaron los argumentos y las pruebas presentados por éste, señalando que las mismas resultaban insubsistentes para demostrar su inculpabilidad se violó el derecho de presunción de inocencia consagrado en el artículo 8.2 de la Convención, al requerir a la víctima la prueba de su inocencia.<sup>28</sup>

Además, en el caso Suárez Rosero vs Ecuador<sup>29</sup>, se analiza el tema de la excesiva duración de la prisión preventiva como evidencia de la violación del principio de presunción de inocencia, pues opera como una pena adelantada. Así lo indica el párrafo 77:

“77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. **De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarro-**

**llo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.** Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.” (La negrita no es del original)

Una vez concluido el análisis de la primer parte del inciso 2 del artículo 8 de la CADH, se procederá a profundizar en el resto de garantías inmersas en su contenido, el mismo versa:

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales** [...]

2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

28 Cfr. *Ibid.* párr. 160.

29 **Corte IDH.** *Caso Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77.

- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. [...]

Así, “el artículo 8.2 de la Convención establece un conjunto de garantías mínimas que permiten asegurar el derecho de defensa en el marco de los procesos penales. Entre estas garantías se encuentran:

1. El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra.

30 Óp. cit., n.p. [1],

2. La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
3. El derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado.

El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación, cargo, imputación, razones, delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad, es una garantía de carácter esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, y debe ocurrir antes que el acusado o imputado rinda su primera declaración o efectúe su primer descargo; siendo de particular importancia, cuando se adopten medidas que restrinjan su derecho a la libertad<sup>30</sup>

A continuación se procederá a detallar a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, algunas de las garantías mínimas mencionadas.

### **3.3. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada (Art. 8.2.b CADH).**

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

[...]

2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) [...]

En primera instancia para satisfacer el artículo 8.2.b convencional, la Corte IDH ha determinado que “el Estado debe informar

al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa.<sup>31</sup>

En cuanto al tema, el Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005 realizado un detallado examen de los alcances del concepto de acusación y su relación indisolubles con el derecho de defensa, el cual solo se puede ejercer plenamente cuando se cumple con esta garantía. Así el párrafo 67 indica “...**La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado** y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se obser-

ven las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.”<sup>32</sup>

Resulta evidente la importancia que esta jurisprudencia brinda al conocimiento que la defensa tenga de los hechos que se imputan a la persona sometida al proceso, para que esta pueda pronunciarse sobre ellos y ofrecer la prueba que considere pertinente para rebatirlos, es decir, el desconocimiento de los hechos que se imputan afecta la posibilidad de preparar adecuadamente la defensa, por lo que cuando este tipo de violación al derecho de defensa ocurre, también se da la afectación al 8.2.c de la Convención Americana.

Incluso, en el caso Barreto Leiva vs Venezuela, el tema de la comunicación previa y detallada al imputado es desarrollado en detalle, señalando como la persona investigada por la comisión de un delito, tiene desde el primer momento de esa investigación derecho a esa comunicación, para que así pueda ejercer apropiadamente la Defensa, pues de lo contrario esta se limitaría solo a ciertas etapas procesales con el consecuente perjuicio para la persona, como lo indican los párrafos 29 y 30 de dicha sentencia:

“Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que

31 Óp. cit., n.p. [11],. párr. 98. Citando Caso Apitz Barbera y otros, párr. 28. Citando Caso López Álvarez Vs. Honduras, párr. 149; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, párr. 225; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, párr. 118, y Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones, párr. 187.

32 Corte IDH. Caso Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005.

se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. **Por todo ello, el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculcado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.**<sup>33</sup> (La negrita no es del original).

En relación con este tema en el caso Tibi vs Ecuador, este estado fue condenado porque se consideró que había violentado este dere-

cho pues no se notificó al señor Tibi del auto cabeza del proceso, ni los cargos que había en su contra. Al respecto indica el párrafo 187 que “El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculcado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculcado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa.”

### **3.4. Oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa / Derecho a interrogar testigos y peritos y hacer que comparezcan a estrados judiciales (Art. 8.2.c y 8.2. f CADH).**

Artículo 8. Garantías Judiciales  
[...]

2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; [...]

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener

33 Óp. cit., n.p. [11], párr. 98. Citando Caso Apitz Barbera y otros, párrs. 29 y 30. Citando Caso Tibi Vs. Ecuador, párr. 187; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, párr. 225, y Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, párr. 118.

la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En el inciso c del párrafo 2 del artículo 8 CADH, se encuentra contemplado el derecho del inculcado a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. Este inciso implica diversas obligaciones para el Estado, como por ejemplo brindar el tiempo necesario a la defensa no solo para conocer la totalidad de las pruebas que obran en su contra, sino también analizarlas y poder plantear los argumentos y contrapruebas que les permitan rebatirlas. En cuanto a este último aspecto, el inciso c) encuentra estrecha relación con el inciso f) pues este permite a la defensa interrogar a los testigos presentes en el tribunal y hacer comparecer a los testigos y peritos que consideren necesarios para el ejercicio pleno de este derecho. De manera que si se pretenden restringir estas manifestaciones del derecho de defensa sin que exista un motivo fundado y legal para, se estaría violentando la Convención.

Así por ejemplo, en el caso Cantoral Benavides vs Perú, según indica el párrafo 127, la defensa técnica, “...no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado inculpativo; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer

las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso...”<sup>34</sup>

Al impedirle al abogado defensor contar con esos elementos, el derecho de defensa se vio severamente lesionado, pues no se permitió evacuar prueba testimonial fundamental para cuestionar la participación de la víctima en los hechos que se le atribuían, así como los peritajes que fueron discutidos motivo por el cual el Estado peruano fue condenado.

También la jurisprudencia de la Corte Interamericana estatuye la obligación del Estado de garantizar el ejercicio del principio de inmediación de la prueba, el cual supone que “todo medio probatorio que sirve para fundamentar la culpabilidad de un procesado debe ser aportado por un órgano distinto al jurisdiccional” y éste último debe exhibir la prueba para que la defensa manifieste su posición. Además, “una cosa son los actos de investigación, propios de la fase preliminar, y otra los actos de prueba, exclusivos de la segunda [fase de juicio]”, y la sentencia sólo puede dictarse con base en estos últimos<sup>35</sup>

Es importante destacar que la posición de la Corte Interamericana sobre el tema es similar a la de su homóloga de Europa en cuanto al interrogatorio de testigos, sea de cargo o descargo, a fin de ejercer una defensa plena:

“La Corte Interamericana ha señalado, como lo ha hecho la Corte Europea, que el inculcado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su

34 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 127.

35 Óp. cit., n.p. [4], párr. 136. Consideraciones de la CIDH.

favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.<sup>36</sup>

“La imposición de restricciones a la presunta víctima y al abogado defensor vulnera ese derecho, reconocido por la Convención, así como el de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.<sup>37</sup>

La Corte IDH ha considerado que cualquier legislación aplicada que imposibilite el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas y prohíba el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación, violenta esta disposición.<sup>38</sup>

De esta manera queda claro que la falta de intimación de cargos y la restricción a la labor de la defensa de quien sea imputado en una causa y la escasa posibilidad de presentar pruebas de descargo durante su proceso representaría una clara violación a su derecho de defensa. En el caso Lori Berenson contra Perú la Corte tuvo por demostrado que la presunta víctima no tuvo conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le hacían; se obstaculizó la comunicación libre y privada entre la señora Lori Berenson y su defensor; los jueces encargados de llevar los procesos por traición a la patria tenían la condición de funcionarios de identidad reservada o

“sin rostro”, por lo que fue imposible para la señora Lori Berenson y su abogado conocer si se configuraban causales de recusación y poder ejercer una adecuada defensa; y el abogado de la presunta víctima sólo tuvo acceso al expediente el día anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de la defensa fueron meramente formales. No se puede sostener que la presunta víctima contara con una defensa adecuada.<sup>39</sup>

De la misma forma en el caso Castillo Petrucci y otros contra el Perú la Corte estimó que los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia, lo que resultó en que la presencia y actuación de los defensores fuera meramente formal y por lo tanto no se pudiera sostener que las víctimas contaran con una defensa adecuada.<sup>40</sup>

También en el caso, García Asto y Ramírez Rojas vs Perú,<sup>41</sup> se reconoce la afectación al derecho de defensa en cuanto a la posibilidad de interrogar testigos, pues en este caso, la defensa requería preguntar a los oficiales de policía sobre las circunstancias en que se llevo a cabo la detención del señor García y existía un decreto (Decreto Ley No.

36 Óp. cit., n.p. [3], párr. 184. *Citando Caso Castillo Petrucci y otros*, párr. 154; *Eur. Court H. R., case of Barberà, Messegué and Jabardo*, párr. 78; y *Eur. Court H. R., case of Bönishc judgment*, párr. 32.

37 Óp. cit., n.p. [3], párr. 185.

38 Cfr. Óp. cit., n.p. [4], párr. 153.

39 Cfr. Óp. cit., n.p. [3], párr. 167. *Citando Caso Cantoral Benavides*, párr. 127; y *Caso Castillo Petrucci y otros*, párr. 148.

40 Cfr. Óp. cit., n.p. [4], párr. 141.

41 Óp. cit., n.p. [27].

25.475 ) que impedía que quienes hubieran participado en la elaboración del Atestado Policial, fueran interrogados.

### **3.5. Derecho a ejercer la defensa, sea personalmente o bien mediante defensor técnico con el cual se pueda comunicar libre y privadamente (Art. 8.2.d, 8.2.e CADH).**

Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- [...]

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha acudido a otros instrumentos normativos, relativos a este tema, como los Principios Básicos sobre la función de los abogados, sobre el cual indica:

“El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que:

[a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación”<sup>42</sup>

Al citar en sus sentencias esta norma, la cual resulta bastante detallada, los elementos aquí indicados se incorporan a los estándares internacionales interamericanos. Debemos señalar que destaca el tema de la entrevista y consulta entre defensa material y técnica, de manera rápida, sin demoras, interferencias o censura y guardando la confidencialidad, elementos básico para la construcción conjunta de la teoría del caso.

En la Opinión Consultiva OC 11/90 la Corte determino que “los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculcado tiene derecho de *defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna*. En estos términos, un inculcado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es

42 Óp. cit., n.p. [3], párr. 166. *Citando Caso Castillo Petrucci y otros*, párr. 139; y Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales<sup>43</sup>

Ahora bien, en la práctica existen muchísimos ejemplos de como una persona puede ver afectado este derecho, algunos de los cuales señalamos a continuación:

- Si una persona no tuvo oportunidad de rendir su indagatoria en presencia de su abogado con quien tuvo comunicación días después de su detención, es evidente que no se le garantizó el derecho de contar con abogado defensor<sup>44</sup>
- Así mismo, “si no se cuenta desde la fecha de detención con asistencia legal, o si se cuenta pero no con la asistencia de abogados de su elección, se viola el derecho de defensa. También se viola el derecho de defensa si los abogados tienen obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos.<sup>45</sup> En igual sentido se ha dicho que representa una violación al artículo 8.2.d) “que los

abogados defensores tengan obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos”<sup>46</sup>

- En el caso de comunidades indígenas, la sentencia de la comunidad Yakye Axa vs Paraguay resulta emblemática pues en relación con la denuncia penal que tuvieron que enfrentar los miembros de la comunidad, se detalla que el hecho de que se hayan realizado diligencias probatorias como declaraciones de testigos, levantamientos de datos de las personas acusadas, inspecciones en el lugar de los hechos, decomisos de bienes de las personas acusadas, el levantamiento de las viviendas de la Comunidad además de otorgamiento de medidas provisionales a favor de la parte denunciante sin que los miembros de la Comunidad Yakye Axa fueran oídos y participaran a través de un abogado de su elección (a pesar de sus reiteradas peticiones en este sentido), resulta violatorio del artículo 8 de la CADH (ver párrafos 115 y 116).<sup>47</sup> Además, los miembros de la Comunidad no pudieron presentar pruebas de descargo ni interrogar a los testigos propuestos por la contraparte.
- Incluso, en un procedimiento de juicio político como el seguido en Perú contra magistrados del Tribunal Constitucional, se evidenciaron diversas violaciones, la

43 Corte IDH. *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 No. 11. párr. 25.

44 Óp. cit., n.p. [1], *Citando* Caso López Álvarez, párr. 152.

45 *Ibíd.* *Citando* Corte IDH. Caso Castillo Petrucci otros, párr. 146-149.

46 Óp. cit., n.p. [14], párrs. 79 y 83.

47 Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 115 y 116.

primera de ellas referente al tema del derecho a tener una acusación que les permita ejercer el derecho de defensa, pero otras relacionados con el plazo necesario para preparar la defensa (lo cual implica conocer tanto el expediente que existe como la prueba que obra en su contra en él), o el derecho a interrogar testigos: “83. Lo antedicho produjo la consiguiente restricción del derecho de defensa de los magistrados para presentar los descargos correspondientes a las imputaciones que se presentaban en su contra. Por una parte, los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio. El plazo otorgado para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado. Por otra parte, a los magistrados inculcados no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución.”<sup>48</sup>

Ahora bien, “de acuerdo a la Corte, el derecho de defensa no se agota con la sola presencia de un abogado en las actuaciones policiales o judiciales, sino que se requiere que sea eficaz es decir que desarrolle sus

funciones solo formalmente, sino que lleve efectivamente la defensa encargada; ello solo será posible si la persona detenida cuenta con el tiempo y lugar adecuado para entrevistarse con su patrocinado, sin demora, sin interferencias, sin censura y en forma plenamente confidencial.<sup>49</sup>

Respecto a este tema, García Ramírez ha dicho que la defensa del justiciable, se refiere a la función misma de defensa y también al ejercicio de esta a través de distintos medios, destacando la presencia y actuación del defensor, que contribuye a integrar la “personalidad procesal” del justiciable.<sup>50</sup>

En el caso Tibi vs Ecuador, observamos un ejemplo claro de como un acto de nombramiento meramente formal o simbólico no da sustento a que el derecho en comentario se cumpla efectivamente. Así, en el párrafo 194 de la sentencia se indica que se tuvo por demostrado que “...en el auto cabeza del proceso que declaró abierta la etapa de sumario, dictado el 4 de octubre de 1995, el Juez designó un abogado de oficio para el señor Daniel Tibi y los otros sindicados. Ese abogado no visitó a la presunta víctima ni intervino en su defensa. Si bien el señor Tibi logró comunicarse posteriormente con un abogado particular, no pudo contratar sus servicios por falta de recursos económicos. Esta situación hizo que durante el primer mes de detención no contara con asistencia de un abogado (supra párr. 90.19), lo que le impidió disponer de una defensa adecuada.”<sup>51</sup>

48 Óp. cit., n.p. [8], párr. 83.

49 Óp. cit., n.p. [1].

50 García Ramírez, Sergio. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 1138. En [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

51 Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Además, en el párrafo 195 de la misma sentencia se recoge una idea fundamental para el derecho de defensa, y es que en los casos en que la persona sometida al proceso es extranjera, debe ser notificada de su derecho de contar con asistencia consular de conformidad con el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pues esta coordinación se ubica en el marco mínimo para preparar su defensa y contar con un juicio justo. En igual sentido se pronuncia la sentencia Acosta Calderón vs Ecuador en los párrafos 124, 125 y 126.<sup>52</sup>

Por ello, en la sentencia en comentario, la Corte Interamericana hace referencia expresa al Principio décimo séptimo para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión, conforme al cual las personas detenidas tienen derecho a la asistencia de un abogado, siendo que la autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios ejercerlo. Además, en caso de no contar con un abogado de su elección, la autoridad judicial le nombrará uno, aun sin costo alguno, si no cuenta con medios para pagarlo.

Además es preciso determinar que el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, por lo que el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar

con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. En adición debe estar claro que el derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza, por lo que no es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona.<sup>53</sup>

Por último cabe señalar, que la disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculcado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d de la Convención.<sup>54</sup>

### **3.6. Derecho de recurrir el fallo ante el juez competente o tribunal superior (Art. 8.2.h CADH).**

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

[...]

2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

<sup>52</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005.

<sup>53</sup> Óp. cit., n.p. [11], párr. 98. *Citando Caso Apitz Barbera y otros*, párrs. 62 y 63. .

<sup>54</sup> Óp. cit., n.p. [14],. párr. 147.

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior

La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el tema señala claramente cual es el contenido del derecho de recurrir el fallo, como vemos en la siguiente cita del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, en el cual se indica que:

“158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. (...)”<sup>55</sup>

En el párrafo 161 de la misma sentencia, la Corte también ha explicado las características que debe tener el recurso que permita corregir las decisiones jurisdiccionales, señalando la prohibición de que se incorporen restricciones o requisitos que impidan recurrir el fallo.

“161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección

de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.”

En la jurisprudencia del Caso Herrera Ulloa, se señala claramente que en materia de recurso, que los aspectos meramente formales no deben interesar, sino que por el contrario el recurso debe ser accesible, sin “complejidades” que impidan su tramitación, de manera que permita generar un análisis “integral de la decisión recurrida” (párrafos 164 y 165 de la sentencia Herrera Ulloa). En este caso Costa Rica fue condenada pues se considero que los recursos de casación que conforme a la normativa existente se podían presentar, “...no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior...”, con la consecuente violación al artículo 8.2.h.

La Corte, también ha señalado en su jurisprudencia que:

[e]l derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que

<sup>55</sup> Óp. cit., n.p. [12],

haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.<sup>56</sup>

### **3.7. Derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable/ Confesión es válida únicamente si se realiza sin coacción (Art. 8.2.g, 8.3 CADH).**

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

[...]

2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...]

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, [...].

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Respecto a este tema el caso Cantoral Benavides vs Perú indica como la víctima fue sometida a una serie de castigos corporales y psíquicos, los cuales califican dentro de la definición de tortura, y se logro determinar que en principio, el fin que perseguían estas practicas era que la víctima se autoinculpara como lo indica la sentencia en comentario en los párrafo 91 y 104, por lo que se condenó al Estado peruano por la violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención referentes a la integridad personal y prohibición de la tortura:

“91. Existen suficientes elementos para afirmar que, además de haber sido incomunicado, y haber sido sometido a condiciones de reclusión muy hostiles y restrictivas, el señor Cantoral Benavides fue en varias ocasiones golpeado y agredido físicamente de otras maneras y que esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales. (...)

104. Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas

<sup>56</sup> Óp. cit., n.p. [3], párr. 192. Citando Caso Castillo Petruzzi y otros, párr. 161. En igual sentido Herrera Ulloa vs. Costa Rica párrafo 159.

conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma”

Ahora bien, con fundamento en estos aspectos que tuvo por demostrados, la Corte procedió en los párrafos 132 y 133 de la citada sentencia a declarar que el Estado peruano había violentado los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención Americana.

En igual sentido encontramos el caso Tibi vs Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, en el cual se tuvo como hecho demostrado que:

“90.50. Durante su detención en marzo y abril de 1996 en la Penitenciaría del Litoral, el señor Daniel Tibi fue objeto de actos de violencia física y amenazado, por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación<sup>109</sup>; por ejemplo, le infligieron golpes de puño en el cuerpo y en el rostro; le quemaron las piernas con cigarrillos. Posteriormente se repitieron los golpes y las quemaduras. Además, resultó con varias costillas fracturadas, le fueron quebrados los dientes y le aplicaron descargas eléctricas en los testículos. En otra ocasión lo golpearon con un objeto contundente y sumergieron su cabeza en un tanque de agua. El señor Tibi recibió al menos siete “sesiones” de este tipo”<sup>57</sup>

En razón de lo anterior, la Corte tuvo por demostrado que el señor Tibi fue sometido a dichos actos con el propósito de doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a

<sup>57</sup> Óp. cit., n.p. [51].

autoinculparse por determinadas conductas delictivas, siendo que el Estado Ecuatoriano fue condenado por violación al artículo 8.2.g de la Convención Americana.

### **3.8. Principio de Ne bis in ídem (Art. 8.4 CADH).**

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

En cuanto al principio del Non bis in ídem, se ha referido la Corte Interamericana a este en el Caso La Cantuta vs Perú, en el cual se denunció la desaparición y muerte de un profesor universitario y un grupo de estudiantes universitarios. En este proceso, se alegó por parte de la Comisión interamericana así como de los representantes de las víctimas que el Estado se había escudado en la figura de la cosa juzgada para no sancionar a los responsables de los hechos (ver párrafo 151), pues estos habían sido juzgados en el fuero militar y lo que en este había ocurrido afectaba la investigación en el proceso, como señala el párrafo 150, in fine: “Es decir, que de alguna manera lo actuado en el fuero militar ha continuado obstaculizando la investigación y eventual enjuiciamiento y sanción de todos los responsables en el fuero común.”

Ante este alegato, la Corte se pronunció indicando en el párrafo 153 que “... recientemente la Corte precisó que el principio non bis in ídem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de

una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada `aparente` o `fraudulenta`”<sup>58</sup>

Además en la sentencia en comentario, destaca el voto razonado del juez García Ramírez, quien señala que la Corte Interamericana se ha pronunciado tanto sobre la cosa juzgada (que implica la existencia de una sentencia eficaz) como en relación al principio *ne bis in idem* (garantía que presupone la existencia de esa sentencia eficaz con autoridad de cosa juzgada material, prohibiendo un nuevo juicio sobre los hechos que ahí se detallan). Aclara (párrafos 10 y 11), que para que una sentencia sea eficaz, debe haber sido el producto de un debido proceso por lo que no pueden haber sentencia susceptible de permitir el alegato de principio de *ne bis in idem*, si no se han cumplido las condiciones del debido proceso, por lo que tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Penal Internacional se rehusan a dar valor a las decisiones de instancias domésticas que no han podido o no han querido hacer justicia. Concluye su razonamiento sobre el tema, señalando que esta perspectiva no

implica la decadencia de la cosa juzgada ni la supresión del *ne bis in idem*, ni la afectación a la seguridad jurídica, ya que “... no se disputa la eficacia de la res judicata ni de la prohibición de segundo juicio cuando aquélla y éste se fincan en las disposiciones aplicables y no entrañan ni fraude ni abuso, sino garantía de un interés legítimo y amparo de un derecho bien establecido. No se combate, pues, la “santidad” de la cosa juzgada ni la firmeza del primer juicio -a título, entonces, de único juicio posible-, sino la ausencia de resolución legítima -esto es, legitimada a través de un debido proceso- a la que se atribuya eficacia de cosa juzgada e idoneidad para sustentar el *ne bis in idem*.”<sup>59</sup>

En el caso *Lori Berenson vs. Perú*, también se aborda el tema del principio de *ne bis in idem*, pero señalando que no se violentó, pues aun cuando a la víctima se le pretendió juzgar inicialmente en el fuero militar, este declinó la competencia y se inhibió a favor del fuero militar. Se indica entonces en el párrafo 208, “...no habiéndose producido un pronunciamiento sobre el fondo en el fuero militar, no existe el supuesto de hecho imprescindible para declarar que se ha afectado el principio *non bis in idem*.”<sup>60</sup> Vemos aquí como se evidencia la necesidad de que la sentencia que resuelva el asunto, contemple y decida sobre el aspecto factico para que así se pueda alegar esta garantía.

58 Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. En igual sentido *Caso Almonacid Arellano y otros*, nota 6, párr. 154

59 *Ibid.* párr. 13.

60 *Op. cit.*, n.p. [3].

### 3.9. Publicidad del Proceso Penal (Art. 8.5 CADH).

#### Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

A fin de que se realice el control ciudadano de la actuación jurisdiccional y se pueda verificar el respeto a los derechos fundamentales del justiciable, se ha reconocido la necesidad de la publicidad como garantía:

“La etapa de juicio debe ser pública, es decir, debe contar con asistencia del público en general y debe darse participación a los medios de comunicación social. Este principio encuentra su fundamento en normas internacionales tales como el artículo 14.1 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Este tipo de juicio debe ser también:

[un] juicio concentrado y con inmediación, lo que lleva necesariamente a que todo lo que pueda influir en la decisión judicial tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones o a las pruebas hechas o

practicadas ante el juez de sentencia y en audiencia pública”<sup>61</sup>

De los casos sometidos ante la Corte que violentan este inciso por lo general son los relacionados con procesos militares, respecto de los cuales este Tribunal ha considerado que los mismos desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. Por ejemplo en el caso *Castillo Petruzzi* en el cual se realizaron en un recinto militar, al que no tenía acceso el público, en circunstancia de de secreto y aislamiento se determino la culpabilidad del Estado respecto a la violación del artículo 8.5 CADH no habiéndose observado el derecho a la publicidad del proceso consagrado por la Convención.<sup>62</sup>

## 4. Conclusión.

El derecho de defensa procesal como lo señala la Corte IDH, más que una garantía del debido proceso, diríamos, es la garantía del debido proceso por excelencia. No hablamos aquí de una simple denominación o conceptualización teórica o metateórica, se trata más bien del ejercicio efectivo de las garantías del individuo sindicado por el Estado como presunto infractor del orden legal establecido, con todas las consecuencias que desde el punto de vista de la estigmatización, segregación social y afectación pueden sufrir el individuos en sus esferas personal, individual, social, económica y psicológica.

61 *Op. cit.*, n.p. [14], párr. 170.

62 *Cfr. Ibid.* párr. 172.

El simple riesgo de ser víctima de la persecución penal, debe permitirle al individuo que de manera efectiva pueda ejercer todos los derechos que el ordenamiento jurídico ha acordado en salvaguarda de su condición humana, en eso consiste el derecho de defensa como garantía procesal. No se trata de una quimera sino que por el contrario, se trata del posibilitar de manera efectiva, que todo ser humano frente al poder estatal reciba un trato justo, adecuado y equitativo en protección de sus derechos. De que eso se materialice o no, depende, que podemos afirmar la existencia de un debido proceso penal, de un derecho a la tutela judicial efectiva y del ejercicio del derecho de defensa.

## 5. Bibliografía

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- **Corte IDH.** *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.
- **Corte IDH.** *Caso Apitz Barbera y otros.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas.
- **Corte IDH.** *Caso Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005.
- **Corte IDH.** *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas.
- **Corte IDH.** *Caso La Cantuta Vs. Perú.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Fondo, Reparaciones y Costas. En igual sentido *Caso Almonacid Arellano y otros*, nota 6.
- **Corte IDH.** *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.
- **Corte IDH.** *Caso Tibi vs Ecuador,* Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- **Corte IDH.** *Caso Aptiz Barbera vs Venezuela.* Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008
- **Corte IDH.** *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- **Corte IDH.** *Caso Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
- **Corte IDH.** *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- **Corte IDH.** *Caso Comunidad indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay,* Sentencia de 17 de junio de 2005.
- **Corte IDH.** *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- **Corte IDH.** *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- **Corte IDH.** *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.* Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128.
- **Corte IDH.** *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 No. 11.
- García Ramírez, S., Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, visto en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), última consulta: 18 noviembre 2012, 2006, p. 1138.
- Loayza Tamayo, C., El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, visto en [http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CFYQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fblog.pucp.edu.pe%2Fmedia%2F1111%2F20090706-DEBIDO\\_PROCESO\\_JURISPRUDENCIA\\_CORTEIDH-1-.doc&ei=ibWiUJmYF5Ga8gSp0YCAAQ&usg=AFQjCNE4d4yM-C8v1ppIWbyc4a8jNGd4Yg](http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CFYQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fblog.pucp.edu.pe%2Fmedia%2F1111%2F20090706-DEBIDO_PROCESO_JURISPRUDENCIA_CORTEIDH-1-.doc&ei=ibWiUJmYF5Ga8gSp0YCAAQ&usg=AFQjCNE4d4yM-C8v1ppIWbyc4a8jNGd4Yg), última consulta: 13 noviembre 2012.
- Medina Quiroga Cecilia, *La Convención Americana, Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Costa Rica, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005.

## RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

*Lic. Ronald Monge Zúñiga*

### INTRODUCCIÓN

“Los transportes transforman el mundo desde un punto de vista político --control territorial--, social --ampliación del marco de relación de los individuos--, y económico --nuevos mercados e intercambios--, rompiendo muchas de las antiguas estructuras espaciales.”<sup>1</sup> Y la prestación de este servicio se traduce en un contrato de servicio, objeto de estudio del derecho. Estos contratos tendrán como objeto el traslado de personas o de cosas y cada uno de ellos tendrá sus propias implicaciones legales.

En términos generales, cuando los contratos son celebrados dentro de un mismo país, y sus efectos se dan dentro de ese mismo territorio, los conflictos que se presenten se dilucidarán bajo el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, tratándose de contratos celebrados entre personas que desarrollen sus actividades en países diferentes, ante un incumplimiento de obligaciones, las partes deben acudir al ordenamiento jurídico internacional que regula la materia mercantil, también conocido como “*lex mercatoria*”.

El “Sistema de Varsovia”, como ha sido llamado en la doctrina, es la normativización

que existe en la *lex mercatoria* que regula el contrato de transporte aéreo internacional. Es producto del esfuerzo de los empresarios de la industria aeronáutica, los comerciantes y los gobiernos del mundo para contar con un sistema legal uniforme que regule el contrato de transporte aéreo internacional.

El contar prácticamente con un único cuerpo normativo, responde a unos de los principios del Derecho Aeronáutico<sup>2</sup> denominado “*Tendencia a la Uniformidad*”, el cual consiste en que los legisladores de cada Estado se obligan “*a no legislar más que al amparo de las convenciones internacionales... Si los legisladores de cada Estado elaboraran sus normas de Derecho aéreo teniendo en cuenta tan sólo el espíritu y necesidades propias del país, las aeronaves, pasajeros y mercaderías se verían sucesivamente y en pocas horas, sometidas a principios muy distintos, con la consiguiente traba respecto del libre y eficaz desenvolvimiento del transporte aéreo.*”<sup>3</sup>

Este “Sistema” surge casi inmediatamente después que los aviones comerciales empezaron a transportar personas; con la aprobación del Convenio de Varsovia en la Segunda Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo, en la ciudad

1. Gámir, Agustín y Ramos David. Pág. 17.

2. Dado que es una rama del derecho reciente, es común ver que se hable de Derecho Aéreo y Derecho Aeronáutico de forma indistinta, por parte de algunos autores; sin embargo, para efectos del presente trabajo, se opta por este vocablo, dado que se entiende como el “conjunto de normas y principios relativos a la navegación aérea y a los medios que la facilitan o permiten, encierra un concepto mucho más restringido y preciso, adecuado a la esencia de nuestra disciplina. El derecho aeronáutico es parte del derecho aéreo.” Bauza, Alvaro; págs. 22 y 23.

3. Bauza, Alvaro; pág. 28.

de Varsovia en 1929; y que procuró ser modificado posteriormente mediante el Protocolo de la Haya de 1955, el Protocolo de Guatemala de 1971 y Protocolo de Montreal de 1975. Recientemente, y con el fin de evitar confusiones al momento de tener que aplicar sus numerales, todos estos textos han sido modernizados y refundidos mediante el Convenio de Montreal de 1999.

Gracias a estas convenciones se logra superar las tendencias políticas e ideológicas que podría enfrentar este contrato si estuviera sujeto a la normativa de cada país; y que de cierta forma es el principal obstáculo para el flujo de mercaderías y personas entre diversos territorios<sup>4</sup>.

Entender los alcances que debe tener un contrato de esta naturaleza, y la normativa que existe; permitirá entender las eventuales implicaciones que conlleva un incumplimiento del contrato. De ahí que el presente trabajo se centra en el estudio del tema de la responsabilidad por incumplimientos del contrato de transporte aéreo internacional, regulados en el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, conocido como Convenio de Montreal de 1999, que entró recientemente en vigencia en nuestro país desde el pasado 25 de marzo del 2011, mediante ley número 8.928 publicada en la Gaceta número 60 de ese mismo día; y que fue ratificado por medio del decreto ejecutivo número 36.543 del 29 de marzo del 2011; y del Convenio de Varsovia de 1929 y sus modificaciones del Protocolo de la Haya de 1955, aprobadas por las leyes N° 4462 y 4462 – A del 10 de noviembre de 1969.

4. Gámir, Agustín y Ramos, David. Pág. 25.

5. Broseta, Manuel y Martínez, Fernando. Pág. 151.

## **TRASCENDENCIA DEL TRANSPORTE Y DEL TRANSPORTE AÉREO**

Si bien en principio el transporte aéreo inicio como una actividad de transporte de personas, su rápida evolución le ha permitido transportar cargas, convirtiéndose así en otro medio de transporte para el comercio.

Sin importar el medio que se utilice, el transporte es una actividad de trascendencia económica y jurídica que amerita una intervención público-administrativa<sup>5</sup>.

Desde el punto de vista del comercio (nacional e internacional), la mercadería debe ser transportada desde el lugar donde el fabricante o proveedor la tiene almacenada, hasta el lugar donde el comerciante (mayorista o detallista) o el consumidor requieren que le sea entregada para disponer de ella.

Los empresarios deben ir a otros mercados a fin de obtener mejores precios en los productos que comercializa, o para poder ofrecer los suyos. Todo esto en suma permite el desarrollo económico de los países y le da trascendencia política al tema, por la cuantía de los negocios que beneficiarán la riqueza del país.

La economía globalizada refuerza la necesidad de realizar inversiones que permitan un desarrollo pacífico de esta actividad, como lo es invertir en: A) Flotillas de vehículos terrestres, marítimos y aéreos, dedicados al transporte de mercancías; B) Vías terrestres y fluviales que faciliten

el traslado de mercaderías y personas de un punto a otro; C) Puertos, aeropuertos y aduanas modernos y ágiles. Por ende, se está frente a negocios multimillonarios de inversión de infraestructura que permite el desplazamiento de toda la producción que un país ha generado para que sea consumida en el exterior.

Es aquí donde el transporte aéreo juega un papel protagónico, ya que si bien no tendrá la capacidad de transportar las mismas mercaderías que pueden ser trasladadas vía marítima, este medio de transporte vence las limitaciones que existían en función de la distancia y el tiempo que se requerían para trasladarse de un punto a otro, lo que a su vez permite ampliar el espectro de relaciones comerciales a nivel global.

A pesar de que el avión es un invento con poco más de un siglo, su evolución desde la Primera Guerra Mundial y su triunfo de poder realizar travesías intercontinentales a finales de la década de 1920<sup>6</sup>, lo ha convertido en el medio de transporte más rápido y seguro del mundo. Hoy, muchas mercaderías han encontrado en el transporte aéreo el medio idóneo para ser trasladadas.

Hasta hace algunas décadas, estos negocios y contratos estaban casi que reservados para las grandes empresas importadoras o exportadoras de productos de un país, por ser las únicas que tenían la capacidad de tener contactos en el exterior para hacer este tipo de negocios. Sin embargo, en la actualidad el desarrollo de una sociedad

de consumo en un mundo globalizado y tecnológico, ha permitido que prácticamente cualquier persona puede realizar negocios a nivel mundial, sea con fines de consumo o fines de comercio, porque:

1. Se cuenta de avances tecnológicos que facilitan la comunicación con cualquier proveedor del mundo, como lo es la Internet y los teléfonos inteligentes;
2. Hay medios electrónicos de pago efectivo y aceptado a nivel mundial;
3. Los flujos comerciales han aumentado por progresiva eliminación de barreras al libre comercio<sup>7</sup>.

De ahí que su estudio es importante tanto para el simple turista que realiza su viaje de vacaciones, como para quien desde su casa decide realizar una compra por internet a Miami, o para el grande empresario que cotidianamente utiliza este medio para enviar o recibir su mercancía.

## **LOS CONTRATOS MERCANTILES MODERNOS**

En nuestro país, bajo una concepción muy clásica y general, por contrato se entendían como aquella “... *relación jurídica nacida del acuerdo de los contratantes, que crea obligaciones, sea a cargo de cada una de ellos, sea a cargo de uno solo...*”<sup>8</sup> De ahí que se afirma que el contrato es ley entre las partes, porque “*no tiene efecto más que respecto a las cosas que han sido objeto de la convención y solamente entre las partes contratantes*”<sup>9</sup>.

6. Gámir, Agustín; Ramos David. Pág. 38.

7. Gámir, Agustín y Ramos, David. Pág. 75.

8. Perez Vargas, Víctor. DERECHO PRIVADO. Citando resolución de Casación N° 173 de las 10:20 horas del 10 de diciembre de 1940. Pág. 208.

9. Pothier, pág. 58.

Recordemos que en esta materia, rigen los Principios del Derecho Contractual<sup>10</sup>: 1) Libertad de Contratación: Cada persona es libre de contratar o no, 2) Fuerza Obligatoria o *Pacta Sunt Servanda*: Un contrato perfeccionado es vinculante para las partes, 3) Libertad de Configuración: Las partes pueden escoger el modelo que mejor se ajuste a sus necesidades, de ahí que pueden determinar contenido del contrato como lo es el tiempo, el modo, el alcance de las prestaciones, etc.; 4) Buena Fe: Que consiste en a fidelidad del compromiso de hacer o de abstenerse de hacer; y 5) Reciprocidad en los cambios o Conmutatividad: Existe una reciprocidad e igualdad en el trato convenido. Sin embargo, los contratos mercantiles modernos, en su mayoría carecen de una negociación y el contrato de transporte es uno de ellos. *“La dinámica del comercio actual requiere modalidades de contratación ágiles, expeditivas, uniformes, propias de una actividad económica de masa. Estas exigencias han ido forjando nuevas características en los contratos mercantiles, alejándolos cada vez más de las clásicas estructuras del contrato civil.”*<sup>11</sup>

El contrato de transporte, por su naturaleza y fin es tratado como un contrato de adhesión, y le permite empresa porteadora tener: *“1) Celeridad en las contrataciones; 2) facilitar la racionalización de la empresa, 3) seguridad jurídica; 4) ahorro de costos; 5) posibilitar y facilitar los cálculos, y 6) otorgar sensación de*

*trato igualitario a la clientela.”*<sup>12</sup> Sin embargo, también puede presuponer una desigualdad o destrucción de la relación de paridad entre los contratantes<sup>13</sup>.

Los contratos adhesivos están formados al igual que todo otro contrato, por condiciones generales<sup>14</sup> y condiciones particulares<sup>15</sup>. Normalmente las condiciones generales se tratan de cláusulas predispuestas definidas por parte de quien brinda el servicio o bien, y lo único que el cocontratante aporta al contrato son los datos para completar las condiciones particulares.

Sin embargo, las condiciones generales en este tipo de contrato, no solo son generadas por políticas propias de la empresa porteadora, sino que también pueden provenir de normas de orden público que las autoridades de un país hayan establecido<sup>16</sup>, o de las reglas que han sido acordadas a través de los convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, que regulan el transporte aéreo internacional, como las que establece el Sistema de Varsovia. En estos últimos casos, su inclusión no obedece al criterio del empresario ni a voluntad del particular, y su aplicación será obligatoria. Así que la eficacia de las condiciones generales de un contrato de transporte aéreo internacional, serán analizadas bajo diversas reglas, dependiendo de su origen.

Es por eso que frente a los potenciales abusos que se pueden dar en este tipo de

10. De Reina, Gabriel. Págs 24 - 30.

11. Farina, Manuel. Pág. 55.

12. Farina, Juan M. Pág. 60.

13. Stiglitz, pág. 252

14. Condiciones que se aplican a todos los contratos.

15. Aquellas que varían de contrato en contrato, como lo son las partes, el precio, el plazo, etc.

16. Farina, Juan M. Pág. 63.

contrato, la doctrina se aparta del principio tradicional *“pacta sunt servanda”* y permite la parte débil del contrato de adhesión, pueda liberarse de obligaciones y renunciaciones que resultasen ilegales, aunque en principio haya consentido a ellas.

En general la doctrina, al analizar la figura de las cláusulas predispuestas y los contratos de adhesión, como una primera limitación, afirma que la eficacia de una cláusula predispuesta dependerá que la misma haya podido ser conocida por el destinatario y entendida con un intelecto normal. Da importancia a la información que haya sido divulgada en cualquier tipo de medio publicitario o que se le haya hecho saber al suscribiente. Además, en el caso de los contratos de transporte aéreo internacional, los instrumentos internacionales prevén la nulidad de las cláusulas que establezcan límites pecuniarios inferiores a los establecidos en ellas, como el artículo 26 del Convenio de Montreal de 1999 que dice: *“Toda cláusula que tienda a exonerar al transportista de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en el presente Convenio será nula y de ningún efecto, pero la nulidad de dicha cláusula no implica la nulidad del contrato, que continuará sujeto a las disposiciones del presente Convenio.”*<sup>17</sup> Además, Juan M. Farina indicaba que la esencia de un contrato determina las obligaciones y derechos de las partes, por lo que no se pueden pretender insertar condiciones generales que desnaturalicen el contrato, como sería en un contrato de transporte que sea el transportista quién decide cuando en vía la mercadería y en el estado que quiera.

Aunado a estos límites, es importante complementar el entendimiento de un contrato con las reglas de interpretación que pueden observarse. En ese sentido, Santos Briz, en su libro Derecho Económico y Derecho Civil proponía que las condiciones generales de un contrato, se podían interpretar a la luz de dos reglas básicas de interpretación:

- *Al tenor literal de la letra*: Por lo que debía considerarse otras circunstancias, como la conducta total de los participantes, la finalidad del negocio, los intereses en juego y conexión con otros negocios.

- *Al tenor del lenguaje usual*: Lo que podía racionalmente esperarse que se entendiera.

Y es que si bien, estos contratos de adhesión son producto de constante experiencia adquirida, *“Puede decirse que todo contrato es hipotéticamente susceptible de interpretación, no sólo porque contenga expresiones ambiguas u oscuras, o también porque peca de ciertas omisiones, sino porque la controversia sobre la voluntad común de los contratantes puede exigirle aún del contrato que se aprecie de la mayor completitud o claridad. En cualquier caso es evidente que existe una imposibilidad material de prever todo”*<sup>18</sup>

Algunos otros autores, elaboran reglas de interpretación más complejas, como las siguientes y que de alguna forma permiten de una forma más precisa llegar a interpretar mejor los contratos, y que solo se mencionan, dado que no es el objeto del presente estudio: 1. La intencionalidad de las partes,

17. En el mismo sentido, el artículo 23 del Convenio de Varsovia establecía la misma prohibición.

18. De Reina, págs. 215 y 216.

2. La cláusula confusa y el efecto deseado, 3. La cláusula confusa y la naturaleza del contrato, 4. La ambigüedad requiere de la costumbre nacional, 5. Incorporación de cláusulas de uso, 6. La contextualidad, 7. En caso de duda, se interpreta contra quien estipula una obligación y se descarga a quien la contrajo, 8. El objeto de un contrato se limita al pactado, 9. No se puede alegar ignorancia de las universalidades, 10. Las restricciones previstas para un caso particular, no pueden extenderse a los demás casos, 11. La pluralidad de una cláusula implica varias cláusulas particulares, y 12. Lo indicado al final de una frase, es común para toda la frase.

## **EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL**

Para el Convenio de Montreal el contrato de transporte aéreo internacional es: "...todo transporte en que, conforme lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un estado Parte..." (Art. 1.2).

Si el contrato de compraventa es el contrato más antiguo, importante y común en materia comercial; el contrato de transporte, es el segundo contrato de mayor importancia, ya que se trata del "... eslabón imprescindible que co-

munica a las partes en la comercialización de bienes y servicios"<sup>19</sup>, será siempre una actividad accesoria o complementaria a la compraventa.

Guillermo Jiménez ofrece una de las clasificaciones del contrato de transporte más adecuada y amplia, basada en los siguientes criterios<sup>20</sup>:

- 1) Por medio utilizado: Terrestre, fluvial, marino, aéreo, o el mixto también denominado consecutivo o multimodal.
- 2) Por razón de su objeto: Personas o cosas.
- 3) Forma de prestar el servicio: Línea regular y transporte discrecional.
- 4) Ámbito geográfico: Transporte interno o internacional.

Por lo que el contrato de transporte aéreo internacional es una sub-especie del contrato de transporte, y por ende compartirá su misma naturaleza jurídica; sin embargo por la naturaleza del medio<sup>21</sup> de transporte, resulta necesario hacer algunas diferenciaciones en relación con los otros contratos de transporte por tierra o agua.

La doctrina en general admite que el contrato de transporte es "...aquel por el que una persona, llamada porteador, se obliga, a cambio de un precio, a trasladar de un lugar a otro un bien u otra persona determinados, o

a ambos a la vez"<sup>22</sup> Algunos otros autores al referirse al transporte de carga<sup>23</sup>, le agregan el elemento de "poner a disposición de la persona designada".<sup>24</sup>

En cuanto a su naturaleza jurídica del contrato de transporte, las posiciones más antiguas y superadas, centraban su análisis en que el servicio implicaba un deber de custodiar la cosa<sup>25</sup> y que debía ser tratada adecuadamente por el porteador, en consecuencia lo asemejaban al contrato de depósito, locación de cosas, locación de servicios, o el mandato; pero ninguna de estas figuras contempla la figura del pasajero ni del destinatario. Incluso, Mapelli compartía junto con el Tribunal Supremo de España, que el contrato de transporte es: "un arrendamiento de locación de servicios y, como tal, un contrato bilateral y oneroso del que nacen prestaciones recíprocas para ambas partes y mezcla de consensual y real, porque aunque se perfecciona por el consentimiento no produce la plenitud de efectos jurídicos, sino merced a la entrega real de las cosas que han de ser transportadas, respondiendo el porteador de los daños y perjuicios que se originen por incumplimiento del contrato"<sup>26</sup>

Sin embargo, las tendencias más modernas conciben la naturaleza de este contrato como una locación de obra, dado que el fin que se persigue es una obligación de resultado<sup>27</sup>, y no se está frente a una obligación de medios; aunque algunas otras corrientes actuales lo conciben "como una institución

con elementos propios y distintos de toda otra figura"<sup>28</sup>.

En el contrato de transporte en general, encontramos las siguientes características<sup>29</sup>:

1. SINALAGMATICO O BILATERAL: Ambas partes tienen obligaciones.
2. ONEROSO: El servicio se brinda a cambio de un pago. Sin embargo, para efectos del contrato de transporte aéreo internacional, desde el Protocolo de Guatemala de 1971, se le atribuye responsabilidad a la empresa porteadora, aunque no haya realizado cobro alguno por la prestación del servicio (Numeral 1).
3. CONSENSUAL: Es por medio del acuerdo de voluntades que el contrato se perfecciona.
4. TIPICO: Se regula en normativas nacionales e internacionales.
5. NO FORMAL: Si bien existen algunos documentos de naturaleza formal que deberían ser expedidos, su ausencia o defectos, no invalida el contrato. El Convenio de Montreal tiene varias estipulaciones al respecto que refuerzan esta característica, como lo son los artículos 3.5 y 9.
6. ADHESIVO: Por tratarse de una contratación en masa, las condiciones generales del contrato ya han sido predispuestas por la empresa o por el ordenamiento jurídico, por lo que no se debe negociar preliminarmente.

19 Gherzi, Carlos. Pág. 451

20 Jimenez, Guillermo. Pág. 515.

21 Broseta, Manuel y Martínez, Fernando. Pág. 182.

22 Jiménez, Guillermo. Pág. 512.

23 Benito, Lorenzo. Págs. 269 y 270.

24 Broseta, Manuel. Pág. 151

25 "El porteador asume directamente la custodia de la cosa, comprometiéndose a guardarla desde que la recibe del cargador hasta que la entrega al destinatario." Garrigues, Joaquín. Pág. 203.

26 Mapelli, pág. 23

27 Broseta, Manuel y Martínez, Fernando. Pág. 153.

28 Gherzi, Carlos. Pág. 453

29 Gherzi, Carlos. Págs. 453 y 454; Broseta, Manuel y Martínez, Fernando. Pág. 153.

7. DE COLABORACIÓN: Por su función económica y social, cada parte del contrato, presta su esfuerzo en la integración de actividades de producción.

8. FUNGIBLE: Porque puede ser ejecutado por el porteador (porteador contractual) o por un tercero (Porteador efectivo o de hecho) Esto último es fundamental, ya que permite mantener la responsabilidad solidaria del transportista contratado, aunque el daño o el incumplimiento haya sido provocado por el porteador efectivo o de hecho; y en todo caso el perjudicado está en la libertad de accionar contra uno o contra otro, o contra ambos (Art. 45 Convenio Montreal).

En cuanto a que si se puede hablar que es un contrato REAL en el caso del transporte de carga, algunos autores afirmaban que si era un rasgo de este tipo de contrato, porque solo se puede perfeccionar con la entrega de la cosa al porteador; sin embargo, parece más adecuada la tesis de Joaquín Garrigues, que dice que la entrega de la mercadería al porteador no es el momento de perfeccionamiento del contrato, sino solo un acto de ejecución, por lo que el perfeccionamiento del contrato se da con el acuerdo.

Los elementos<sup>30</sup> que integran el contrato de transporte aéreo internacional, son:

A) **ELEMENTOS PERSONALES:**

- En el transporte de personas se habla de pasajero (Persona física que requiere el servicio), y el porteador, transportista

o transportador (Aerolínea que brinda el servicio).

- En el transporte de mercancías se habla del expedidor, consignante, remitente o cargador (Persona física o jurídica que requiere el servicio); el porteador o transportista (Quién se contrata para que del servicio); y el consignatario o destinatario (A quien se le envía la mercancía y eventualmente puede ser el mismo cargador).
- B) **ELEMENTOS REALES:** Si se trata de un contrato transporte de mercaderías, el objeto sería las mercaderías. Si se trata de un contrato de transporte de personas, el objeto sería la persona y su equipaje.
- C) **ELEMENTO REPRESENTATIVO O FORMAL:** Se trata de la carta de porte en el transporte de mercancías; y del billete o boleto de vuelo y del talón de equipaje en el transporte de personas.

Dentro del Convenio de Montreal, en su artículo 11, se admite la naturaleza probatoria de la carta de porte aéreo, y dentro de la doctrina existe esa aceptación: *“...es testimonio, hasta que se pruebe lo contrario, de la conclusión del contrato, del recibo de la mercadería y de las condiciones del transporte. Las indicaciones de la carta de transporte aéreo, en relación a peso, dimensiones, embalaje de la mercadería y número de bultos, sirven de testimonio hasta que se pruebe lo contrario”*<sup>31</sup>. Sin embargo existe la controversia si es o no un título

valor, quienes lo apoyan lo razonan de esta forma: *“... documenta una relación causal, el transporte y cuya literalidad puede ser contrastada por la realidad de las relaciones entre las partes (y entre un eventual adquirente de la misma que no actúe de buena fe) ... La carta de porte, además de ser documento probatorio del contrato, tiene el carácter de título de tradición o representativo de mercadería - incorpora el derecho a la prestación del transporte y a la entrega de la carga-, lo que permite disponer de ellas mediante la transmisión del documento. Debido a esta circunstancia, el destinatario debe entregar la carta de porte a cambio de la mercancía...”*<sup>32</sup>. Sin embargo, aunque el documento parece tener todas las características necesarias para considerar este documento como un título valor; se le ha criticado esta naturaleza en virtud del Convenio de Montreal de 1999, eliminó la frase del Convenio de Varsovia que decía: *“Nada en este Convenio impedirá la expedición de una carta de porte aéreo negociable”*<sup>33</sup> y que el I.A.T.A. tiene predispuesto que salvo que se diga lo contrario que no es negociable<sup>34</sup> condición que también se indica en el artículo 15 del Convenio Montreal; por lo que en ese sentido que queda claro que existe la intención de evitar su libre circulación. Tal vez la crítica más fuerte para descartar la naturaleza de título valor, radica en la posibilidad que tiene el cargador de disponer de la mercancía antes de ser entregada al consignatario, razón por la cual, la literalidad del documento cede ante la manifestación del expedidor.

En relación a los derechos y obligaciones de las partes, se pueden resumir en las siguientes:

- **OBLIGACIONES EN TRANSPORTE DE PERSONAS:** El pasajero debe pagar por el servicio, presentarse en el lugar y hora que el transportista le indicó para prestar el servicio, con su equipaje de mano y el equipaje facturado bajo los parámetros preestablecidos por la empresa. La aerolínea por su parte debe trasladar de forma segura a la persona al destino acordado, expedir el talón del equipaje facturado (Art. 3.3 Convenio Montreal), cumplir el itinerario de vuelos y reservar el espacio en el avión (Art. 3.1. y 3.2 Convenio de Montreal). Esta obligación es importante hoy en día, dado que es posible sustituir el tradicional boleto de viaje impreso por uno electrónico. Además, cuando el contrato de transporte aéreo internacional de pasajeros está cubierto por el Convenio de Montreal, la aerolínea debe informarlo al pasajero (Art. 3.4. Convenio de Montreal).
- **DERECHOS EN EL TRANSPORTE DE PERSONAS:** Las partes, además de recibir la contraprestación de su cocontratante podrán: A) La aerolínea puede negarse a realizar el traslado de una persona por razones de seguridad, integridad física de los demás usuarios o salud; B) El pasajero tiene derecho a ser indemnizado (Art. 17 Convenio de Montreal) en caso de avería total o

30 Perez, Víctor. El Contrato de Transporte Aéreo Internacional. Pags. 30-33

31 Tupini, Giorgio; pág. 79.

32 Jimenez, Guillermo. Pág. 519.

33 Broseta, Manuel. Pág. 184. Perez, Víctor. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. Pág.32

34 Perez, Víctor. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. Pág. 32.

parcial del equipaje, pérdida o retraso en la entrega del equipaje; por sufrir lesión. En caso que se produzca la muerte del pasajero, su sucesión puede solicitar la indemnización correspondiente.

- **OBLIGACIONES EN EL TRANSPORTE DE MERCADERÍAS:** El cargador debe pagar por el servicio, entregar la mercadería con las respectivas indicaciones de embalaje, declarar la naturaleza de la carga y realizar los trámites necesarios para poder importarla o exportarla (Arts. 6 y 16 Convenio de Montreal), entregarla en el lugar y momento convenido; e indemnizar los daños producidos por brindar declaraciones irregulares, inexactas o incompletas en el embalaje de la mercadería (Art. 10 Convenio de Montreal). El transportista deberá redactar la carta de porte aéreo<sup>35</sup> (Arts. 4, 5, 7 y 8.a Convenio de Montreal) manipular la carga considerando las indicaciones del embalaje, trasladarla de forma segura al lugar convenido y en el plazo acordado, informar al expedidor las imposibilidades que se den de seguir sus instrucciones (Art. 12.2 Convenio de Montreal), e informar al destinatario la llegada de la carga (Art. 13.2 Convenio de Montreal).
- **DERECHOS EN EL TRANSPORTE DE MERCADERÍAS:** Las partes además de recibir la contraprestación de su cocontratante, podrán: A) El cargador

puede disponer de la mercancía en cualquier momento desde su entrega, hasta antes de la entrega de la misma al consignatario o cuando éste la haya rechazado, periodo de tiempo en el que puede cambiar su destino, su destinatario, o pedir que se le regrese (Art. 12 Convenio de Montreal); B) El transportista puede rechazar los bultos mal acondicionados para el transporte; registrar el bulto en caso de sospechas (Art. 11 Convenio de Montreal) y realizar las anotaciones al embalaje correspondiente<sup>36</sup>. C) El destinatario puede recibir la carga una vez que presente su carta de porte (Art. 13.1 Convenio Montreal); puede rechazarla porque la carga presente alguna anomalía o por simple voluntad; puede reclamar una indemnización en caso de retraso en la entrega por un periodo superior a los 7 días naturales (Art. 13.3 y 52 Convenio de Montreal).

Este sería el marco general del contrato de transporte aéreo internacional, por lo que en el siguiente capítulo se procede a analizar los casos regulados en el Convenio de Varsovia, modificado por el Protocolo de la Haya y el Convenio de Montreal, de aquellos incumplimientos que generan responsabilidad civil del transportista. Evidentemente los demás supuestos por no estar regulados en estos cuerpos normativos, deben ser resueltos con base en el ordenamiento jurídico interno, como lo serían los casos de overbooking y overselling.

<sup>35</sup> Según artículo 51 del Convenio de Montreal esta obligación no es exigida para casos de transporte brindado en circunstancias extraordinarias.

<sup>36</sup> Sobre este punto es importante tener presente que si de la inspección se confirma que era cierta la información del expedidor, los gastos de la diligencia y del nuevo acondicionamiento del embalaje serán a cargo del transportista; y en caso contrario, serán a cargo del expedidor.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

*“Las relaciones contractuales son por definición, vínculos finitos, en tanto conllevan en si la misión ineludible de agotarse ante el cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas. De tal manera, el decurso natural de la relación contractual determina su extinción, en el tiempo y modalidades establecidas por las partes vinculadas. No obstante, la relación puede contener un defecto congénito o enfrentar una vicisitud, que provoquen una reacción – de mayor o menor entidad – que genere en definitiva la extinción de la relación”<sup>37</sup>*

Como se ha indicado anteriormente, en nuestro país la responsabilidad civil contractual en el Contrato de Transporte Aéreo Internacional, está delimitada por el “Sistema de Varsovia”, siendo su primer cuerpo normativo la Convención para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, conocido también como el Convenio de Varsovia de 1929:

*“Apenas había nacido este medio de transporte cuando ya los juristas habían intentado echar las bases amplias sobre las que pudiera lograrse una armonía internacional y se consiguiesen unos principios de justicia y equidad con un fundamento uniforme.”<sup>38</sup>*

*“El desarrollo rápido de las comunicaciones aéreas había determinado una serie de problemas concernientes a la responsabilidad de las empresas de transporte aéreo y las garantías que se concederían a los pasajeros y a los transportadores. Tales problemas no se podían resolver en forma unilateral por cada Estado considerando la internacionalidad del transporte aéreo y su capacidad de transportar de una nación a otra su carga.*

*Después de un excelente trabajo de preparación hecho por la C.I.T.E.J.A en octubre del 1929, se reunió en la capital de Polonia una conferencia, que aprobó el texto de la Convención de Varsovia...”<sup>39</sup>*

Su principal virtud fue lograr unir los intereses contrapuestos entre empresarios y usuarios; y los sistemas jurídicos anglosajones y romanistas; lo que constituyó el primer gran paso que se dio para la internacionalización y uniformidad del Derecho Aeronáutico.

El pecado de la Convención de Varsovia de 1929 radica en que al momento de gestarse, también la industria aeronáutica recién había nacido, por lo que “... se orientaba a proteger al transportador y evitar que las indemnizaciones gravitaran pesadamente sobre su patrimonio...”.<sup>40</sup> En ese momento, el riesgo de accidentes con consecuencias fatales, era muy alto, por lo que las demandas que podían surgir en ese momento, podían implicar la bancarrota de las empresas porteadoras, y por ende

<sup>37</sup> De Reina, pág. 367.

<sup>38</sup> Bonet, Jose; pág. 60.

<sup>39</sup> Giorgio Tupini, pág.77

<sup>40</sup> Folchi, Mario, Pág. 61.

la frustración del desarrollo de la industria aérea. Este riesgo es visible en los sistemas de responsabilidad del Common Law, que no solo consideran la reparación plenaria del daño, sino también permiten una sanción punitiva por el daño<sup>41</sup>. De ahí que la idea de fijar límites de responsabilidad civil era para proteger al porteador, haciendo posible que la industrial siguiera con su desarrollo.

Posteriormente, los Protocolos de la Haya y Guatemala, y con una industria aeronáutica más madura y segura, procuran reducir el desbalance que existía en la Convención de Varsovia, mejorando los límites económicos a favor de la persona perjudicada:

“La variación manifiesta del potencial de las modernas empresas de aeronavegación ha orientado el ordenamiento hacia otro objetivo distinto. La construcción del régimen de reparación se formula a partir del daño, inclinándose decididamente a proteger al damnificado. Por ello, la certidumbre, rapidez y la indemnización suficiente, fueron objetivos señalados por la presentación de Estados Unidos de América a la reunión del Subcomité Jurídico que tuvo lugar en Montreal en setiembre de 1969. El Protocolo de Guatemala implantó el régimen de responsabilidad objetiva para las personas y los equipajes transportados y elevó de manera sustancial los montos indemnizatorios para los daños ocasionados a esas dos categorías.”<sup>42</sup>

En nuestro país se ratificó el Convenio de Varsovia de 1929 hasta el 29 de octubre de 1969, mediante la Ley N° 4.462, en conjunto con el Protocolo de La Haya de 1955 mediante la ley N° 4462 – A del 10 de noviembre de 1969. También se aprobó el Protocolo de Guatemala de 1971 por ley N° 5103 del 15 de noviembre de 1972, aunque este Protocolo nunca llegó a entrar en vigor<sup>43</sup> dada la resistencia a nivel internacional que existía de aumentar los límites de la responsabilidad civil. Debido a que estamos en una etapa de transición hacia las nuevas reglas del Convenio de Montreal, el estudio de ambos textos es importante.

No han variado los supuestos de responsabilidad civil que regulan estos convenios internacionales, ni la existencia de límites contractuales de responsabilidad, siendo ésta su mayor crítica. En síntesis estos son los supuestos: 1. Los daños al pasajero (Muerte o lesión), 2. Avería del equipaje o la carga (Entrega pero en un estado distinto al que se recibió), 3. El retraso (El servicio se ejecuta en un plazo distinto al acordado), y 4. La pérdida de equipaje o carga (Falta de entrega).

Por su parte el Convenio de Varsovia/Haya seguía un criterio de imputación de la responsabilidad civil subjetiva, el cual partía de una presunción de culpa del transportista pero de naturaleza *iuris tantum*. El transportista tenía la carga de la prueba si

quería liberarse de responsabilidad civil por lo que debía demostrar que había adoptado las medidas necesarias para evitar que se produjera el daño, o que se encontraba en una imposibilidad de adoptarlas. Gracias a la modificación que se dio con el Protocolo de la Haya, se eliminaron como causales eximentes de responsabilidad la falta de pilotaje, de conducción de la aeronave o de navegación.

Por su parte el Convenio de Montreal de 1999 “*optó por un sistema intermedio estableciendo un régimen dual de responsabilidad, que se concreta en un régimen subjetivo, bajo la variante de presunción de culpa con reparación integral del daño, en el caso de transporte de pasajeros, y en un régimen objetivo con limitación de indemnización, para el transporte de equipajes y mercancías, como se había establecido en los Protocolos de Guatemala de 1971 y N. 4 de Montreal de 1975, manteniendo el régimen subjetivo con presunción de culpa, con límite de indemnización, para la responsabilidad por retraso.*”<sup>44</sup>

De esta forma el régimen de responsabilidad objetiva del Convenio de Montreal, da pasos que se ajustan a las tendencias más modernas, mediante las cuales se protege a la víctima de soportar injustamente el daño, por el riesgo que se genera con la actividad que es desplegada por la otra parte y que no puede controlar; sin importar que en la conducta del responsable exista dolo o culpa y más orientado a atribuirle la responsabilidad al guardián

de “la cosa”, como ocurre en la legislación francesa. En ese mismo sentido, resulta también beneficioso que el contenido del contrato de transporte aéreo sea visto como una obligación de resultado y no una obligación de medios; ya que esto le permite al afectado accionar válidamente contra el responsable con solo el alegato del daño producido, sin tener que asumir la prueba de demostrar la culpa o dolo en el incumplimiento.

Únicamente, el afectado tendría la carga de la prueba para demostrar que existió dolo o temeridad (entendida como culpa equivalente a dolo) para poder superar los límites de indemnización previstos en estos cuerpos normativos (Arts. 25 del Convenio Varsovia y 22.5 del Convenio de Montreal).

En ambas normativas se limita la cuantía de la reparación económica que debe asumir el porteador, y establece límites económicos preestablecidos en sus normas (Arts. 24 y 27 del Convenio de Varsovia/Haya y 29 del Convenio Montreal), los cuales vendrían a formar parte de las condiciones generales de este tipo de contrato a favor del porteador. Además, solo autoriza a los Tribunales a otorgar indemnizaciones compensatorias, y en el Convenio de Montreal prohíbe expresamente el otorgamiento de indemnizaciones punitivas. Por lo que podemos ver que este régimen de responsabilidad civil es muy fin con el sistema indemnizatorio de tradición francesa, como el que tiene nuestro país.

41 El artículo 29 del Convenio de Montreal, conserva esta intención al prohibir que las acciones de responsabilidad civil otorguen indemnizaciones punitivas.

42 Folchi, Mario, págs. 61 y 62.

43 Perez, Victor. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. Pág. 24.

44 Perez, Victor. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. Pág. 26.

## A) RESPONSABILIDAD POR MUERTE Y LESIONES DE LOS PASAJEROS:

<b>TEXTO VARSOVIA/HAYA</b>
<p>El porteador es responsable del daño ocasionado, que en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por cualquier viajero, cuando el accidente que ha causado el daño se ha producido a bordo de la aeronave o en el curso de todas las operaciones de embarque y desembarque. (Art. 17)</p> <p>1. En el caso que el porteador probare que la persona lesionada ha sido causante del daño o ha contribuido al mismo, el Tribunal podrá, con arreglo a las disposiciones de su propia ley, descartar o atenuar la responsabilidad del porteador. (Art. 18)</p>
<b>TEXTO MONTREAL 1999</b>
<p>1. El transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque. (Art. 17.1)</p> <p>Si el transportista prueba que la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización, o de la persona de que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él, el transportista quedará exonerado, total o parcialmente, de su responsabilidad con respecto del reclamante, en la medida en que está negligencia u otra acción u omisión indebida haya causado el daño o contribuido a él. Cuando pida indemnización una persona que no sea el pasajero, en razón de la muerte o lesión de este último, el transportista quedará igualmente exonerado de su responsabilidad, total o parcialmente, en la medida que pruebe que la negligencia u otra acción u omisión indebida del pasajero causó el daño o contribuyó a él... (Art. 20)</p> <p>2. El transportista no será responsable del daño previsto en el párrafo 1 del artículo 17 en la medida que exceda de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, si prueba que: a) El daño no se debió a negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o b) el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero. (Art. 21.2)</p>

Estos artículos permiten apreciar la evolución del sistema de responsabilidad subjetiva a la objetiva, y como se ha indicado este es más beneficioso para el perjudicado, ya que basta que se dé el presupuesto de hecho que ésta última norma prevé, que exista la relación de causalidad adecuada entre la falta y el daño, y que no exista una eximente de responsabilidad. En el caso concreto, en Montreal solo se admite el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad,

por lo que ni la fuerza mayor o el caso fortuito, podrían liberarlo de responsabilidad.

En el Convenio de Varsovia el transporte de personas tiene un límite indemnizatorio de 250.000 francos por cada pasajero, y admitía que se pactara entre las partes un monto superior (Art. 22.); en cambio en el Convenio de Montreal el límite es de 100.000 DEG *-Derecho Especiales de Giro-* (Art. 21.1)

## B) RESPONSABILIDAD POR DAÑOS O PÉRDIDA DEL EQUIPAJE:

<b>TEXTO VARSOVIA/HAYA</b>
<p>1. El porteador es responsable del daño ocasionado en caso de destrucción, pérdida o avería de equipajes facturados..., cuando el hecho que ha causado el daño se produzca durante el transporte aéreo.</p> <p>2. El transporte aéreo, con arreglo al sentido del párrafo precedente, comprendería el periodo durante el cual los equipajes ... se hallen bajo custodia del porteador, sea en un aeródromo o a bordo de una aeronave o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo.</p> <p>3. El periodo del transporte aéreo no comprende ningún transporte terrestre, marítimo o fluvial efectuado fuera de un aeródromo. Sin embargo, cuando dicho transporte se efectuare en ejecución del contrato de transporte aéreo para fines de carga, entrega o transbordo, todo daño se presumirá, salvo prueba en contrario, como resultante de un hecho acaecido durante el transporte aéreo (Art. 18)</p>
<b>TEXTO MONTREAL 1999</b>
<p>2. El transportista es responsable del daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado por la sola razón de que el hecho que causó la destrucción, pérdida o avería se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase bajo la custodia del transportista. Sin embargo, el transportista no será responsable en la medida en que el daño se deba a la naturaleza, a un defecto o a un vicio propio del equipaje. En el caso de equipaje no facturado, incluyendo los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes.</p> <p>3. Si el transportista admite la pérdida del equipaje facturado... el pasajero podrá hacer valer contra el transportista los derechos que surgen del contrato de transporte.</p> <p>4. A menos que se indique otra cosa, en el presente Convenio el término "equipaje" significa tanto el equipaje facturado como el equipaje no facturado. (Art. 17.2-5)</p>

La normativa de Varsovia, regulada en el mismo artículo los daños a equipaje facturado y a la carga; mientras que con el Convenio de Montreal se separan estos supuestos. Para este supuesto el Convenio de Montreal, admite como eximente de responsabilidad la fuerza mayor y condiciones propias del equipaje.

En el Convenio de Varsovia la indemnización por el equipaje facturado, tenía un límite de 250 francos por kilo, y estableció las

siguientes reglas: 1) Se puede indemnizar por un monto superior, si el cargador hubiera hecho una declaración por un monto superior y hubiera pagado la tasa suplementaria. 2) Si trata de pérdidas o averías parciales, solo se considera el peso del bulto, salvo que afecte el valor de los otros bultos, en cuyo caso se considerará el peso total de los bultos<sup>45</sup>. 3) Si se trata de equipaje de mano, la suma es de 5.000 francos (Art. 22.2 y 3). En el Convenio de Montreal, se aplican las mismas reglas,

<sup>45</sup> Esta fue una novedad que se introdujo a través de la modificación del Protocolo de la Haya de 1955.

solo que el monto por kilo es de 1000 DEG y cubre tanto el equipaje de mano como el facturado; y establece una protección por.

### **C) RESPONSABILIDAD POR DAÑO EN LA CARGA:**

<b>TEXTO VARSOVIA/HAYA</b>
<p>1. El porteador es responsable del daño ocasionado en caso de destrucción, pérdida o avería de... mercaderías, cuando el hecho que ha causado el daño se produzca durante el transporte aéreo.</p> <p>2. El transporte aéreo, con arreglo al sentido del párrafo precedente, comprendería el periodo durante el cual... o mercaderías se hallen bajo custodia del porteador, sea en un aeródromo o a bordo de una aeronave o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo.</p> <p>3. El periodo del transporte aéreo no comprende ningún transporte terrestre, marítimo o fluvial efectuado fuera de un aeródromo. Sin embargo, cuando dicho transporte se efectúe en ejecución del contrato de transporte aéreo para fines de carga, entrega o transbordo, todo daño se presumirá, salvo prueba en contrario, como resultante de un hecho acaecido durante el transporte aéreo (Art. 18)</p>
<b>TEXTO MONTREAL 1999</b>
<p>1. El transportista es responsable del daño causado en caso de destrucción o pérdida o avería de la carga, por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo.</p> <p>2. Sin embargo, el transportista no será responsable en la medida en que pruebe que la destrucción o pérdida o avería de la carga se debe a uno o más de los hechos siguientes:</p> <p>a) la naturaleza de la carga, o un defecto o un vicio propios de la misma;</p> <p>b) el embalaje defectuoso de la carga, realizado por una persona que no sea el transportista o alguno de sus dependientes o agentes;</p> <p>c) un acto de guerra o un conflicto armado;</p> <p>d) un acto de la autoridad pública ejecutado en relación con la entrada, la salida o el tránsito de la carga.</p> <p>3. El transporte aéreo, en el sentido del párrafo 1 de este Artículo, comprende el período durante el cual la carga se halla bajo la custodia del transportista.</p> <p>4. El período del transporte aéreo no comprende ningún transporte terrestre, marítimo ni por aguas interiores efectuado fuera de un aeropuerto. Sin embargo, cuando dicho transporte se efectúe durante la ejecución de un contrato de transporte aéreo, para fines de carga, entrega o transbordo, todo daño se presumirá, salvo prueba en contrario, como resultante de un hecho ocurrido durante el transporte aéreo. Cuando un transportista, sin el consentimiento del expedidor, remplace total o parcialmente el transporte previsto en el acuerdo entre las partes como transporte aéreo por otro modo de transporte, el transporte efectuado por otro modo se considerará comprendido en el período de transporte aéreo. (Art. 18)</p>

El nuevo régimen, al igual que en el supuesto de la responsabilidad por equipaje, establece cuáles son sus límites físicos de custodia; solo que como eximentes de la responsabilidad establece el caso fortuito, culpa de la víctima (embalaje defectuoso) o propios de la carga; y siempre el porteador conservando la carga de la prueba; pero en ese sentido existe una mezcla la responsabilidad objetiva y la subjetiva.

En el Convenio de Varsovia se conservan las mismas reglas y montos que para el equipaje facturado (Art. 22.2); y en el Convenio de Montreal aunque las reglas son las mismas, el monto de la indemnización es inferior que el del equipaje, quedando en 17 DEG por kilo (Art. 22.3.).

### **D) RESPONSABILIDAD POR RETRASOS:**

<b>TEXTO VARSOVIA/HAYA</b>
El porteador es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de viajeros, mercancías o equipajes. (Art. 19)
<b>TEXTO MONTREAL 1999</b>
<p>... si el equipaje facturado no ha llegado a la expiración de los veintidós días siguientes a la fecha en que debería haber llegado, el pasajero podrá hacer valer contra el transportista los derechos que surgen del contrato de transporte. (Art. 17.3)</p> <p>El transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga. Sin embargo, el transportista no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas. (Art. 19)</p>

En este supuesto, ambas regulaciones establecen un régimen de responsabilidad civil subjetiva, por lo que basta que el porteador demuestre su diligencia y la de sus colaboradores para liberarse de la responsabilidad del retraso.

En el primer convenio rigen las mismas reglas y monto para la indemnización de equipajes y carga (Art. 22.1 y 2); y en el segundo Convenio de igual forma se aplican los mismos montos y reglas, según sea el objeto afectado, salvo para el caso del transporte de pasajeros donde fija un límite de 4.150 DEG por pasajero (Art. 22).

Finalmente, cabe indicar que el plazo para accionar en cualquiera de todos estos supuestos, caduca a los 2 años a partir de la fecha de llegada al destino o la del día en que la aeronave debería haber llegado o de la detención del transporte (Arts. 29 Convenio de Varsovia y 35 Convenio de Montreal) y admitían el cobro adicional a los límites pecuniarios preestablecidos, según sean las leyes de la jurisdicción competente, que versarían sobre las costas y los otros gastos del litigio (Arts. 22.4 Convenio de Varsovia y 22.6 Convenio de Montreal).

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL TRANSPORTISTA AÉREO INTERNACIONAL**

No ha sido usual que nuestros estrados judiciales se lleguen a conocer los conflictos derivados de un contrato de transporte aéreo internacional, pese a la gran cantidad de contratos que pueden generarse diariamente para prestar este servicio.

Esto podría deberse a que el empresario o el pasajero desconoce el derecho que le asiste en caso de incumplimiento; o porque las empresas dedicadas al transporte aéreo internacional aplican por su propia cuenta la normativa del Sistema de Varsovia, o porque ante un conflicto ofrecen soluciones que resultan satisfactorias para el afectado.

Entre los casos que se han llegado a conocer en nuestros Tribunales en la última década, y que se han resuelto considerando el régimen de responsabilidad del transportista aéreo del Convenio de Varsovia, están:

### **A) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución de Casación N° 803-F-S1-2010 de las 13:45 horas del 5 de julio del 2010:**

Síntesis del caso: Se da una pérdida de maletas entre Costa Rica y Ginebra, por lo que el afectado acudió a la Comisión del Consumidor para que se ordenara a la empresa de transporte aéreo de pasajeros que le compensara la pérdida, y le recogiera

el equipaje y lo trajera al país. La Comisión del Consumidor, conoce el asunto y emite el voto 068-08 el día 6 de febrero del 2008 mediante el cual le previene a la empresa denunciada a tomar las precauciones necesarias para evitar que se den estas situaciones, y ordenó la publicación en un medio de comunicación social de la parte dispositiva del acto. “En cuanto a la reparación, aclaró que carecía de competencia para conocer dicho extremo, además de haber sido renunciada en forma expresa durante la audiencia oral y privada debido a que el denunciante recuperó sus maletas por sus propios medios”. Inconforme con lo resuelto la empresa denuncia incoa un proceso contencioso contra el Estado, por considerar que la actuación de la Comisión del Consumidor, basada en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, era contrario al ordenamiento jurídico, al no considerar el artículo 28 del Convenio de Varsovia, según el cual solo un órgano jurisdiccional puede resolver y aplicar los mecanismos de resolución de conflictos por ese hecho.

El fallo casado en su oportunidad resolvió: “ Se acoge parcialmente la excepción de falta de derecho opuesta por el Estado únicamente en lo referido a que la Comisión Nacional del Consumidor tenía suficiente competencia para conocer la denuncia interpuesta por el señor René Castro Salazar y por ende para dictar el Voto No. 068-2008 aquí impugnado, así como respecto de la validez de la sanción referida a la prevención que se realizara a la actora a efecto de que tomara las precauciones necesarias para que situaciones como la denunciada no se vuelvan a presentar. En lo demás se rechaza esa excepción. En consecuencia, se declara parcialmente con lugar la demanda en los siguientes términos, entendiéndose denegada en lo no otorgado

expresamente: **1)** Por ser disconforme con el ordenamiento jurídico, se anula parcialmente el Voto No. 068-2008, dictado por la Comisión Nacional del Consumidor a las 17 horas 45 minutos del 6 de febrero de 2008, únicamente en lo referido a la sanción impuesta a la empresa American Airlines Inc (sic) en el acápite b) de su parte dispositiva, que señala “...b) Se ordena a AMERICAN AIRLINES INC, la publicación en un medio de comunicación social de la parte dispositiva: sanción impuesta, nombre o razón del infractor y la índole de la infracción, cumpliendo ella los gastos que genere el cumplimiento de lo ordenado, de conformidad con el artículo 60 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor...” **2)** En lo demás, el acto impugnado es válido y conforme a derecho. **3)** Se resuelve este asunto sin especial condenatoria en costas...”. Se aclara que el motivo por el cual acogió anular la condenatoria de publicar en un medio de comunicación, fue porque consideraron los jueces que hubo una falta motivación a esa sanción.

Este recurso permitió a la Sala entrar a resolver la siguiente interrogante:

### **¿LA RESPONSABILIDAD DE UNA EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO ESTÁ LIMITADA ÚNICAMENTE A LA APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES DE LOS MECANISMOS PREVISTOS EN EL CONVENIO DE VARSOVIA?**

El casacionista argumentó (Considerando II): “... el Convenio de Varsovia regula la pérdida del equipaje de los pasajeros de un vuelo internacional, así como el tema de la responsabili-

dad del porteador. En este sentido, insiste, los Estados se encuentran inhibidos de formular esquemas de responsabilidad o sancionatorios diferentes a los contenidos en el tratado. Arguye, la normativa internacional, al ser una fuente directa y vinculante, modifica la interpretación de una disposición nacional de rango inferior, así como la forma en que esta se aplica... Explica, el Convenio de Varsovia establece un sistema exclusivo y excluyente para tratar los reclamos relacionados con equipaje, el cual implica que las controversias serán del conocimiento de los tribunales que resulten competentes en razón de territorio, más nunca de órganos públicos del Poder Ejecutivo”

Para efectos de la Sala (Considerando III), el numeral 28 del Convenio de Varsovia, y siguientes numerales evidencian que se limitan a regular únicamente las acciones buscan la reparación de un daño sufrido como consecuencia del servicio de transporte aéreo internacional, por lo que secundan el argumento del tribunal de instancia: “...es claro que la resolución impugnada en ningún momento se pronunció respecto de una eventual responsabilidad patrimonial de la sociedad actora en los hechos denunciados, razón por la cual no resulta procedente la aplicación del Convenio de Varsovia, toda vez que como se indicara al inicio de este Considerando, en lo alegado por la parte actora, el citado convenio internacional regula la responsabilidad patrimonial de las empresas dedicadas al transporte aéreo internacional de personas y equipajes respecto, entre otros, del extravío de este último. Sin embargo, en el caso concreto no estamos ante ese supuesto: el acto impugnado no resuelve sobre el extremo petitorio referido a la compensación por las pérdidas sufridas por el denunciante por el extravío del equipaje, por considerar que

*está fuera de su competencia en virtud del numeral 53 de la LPCDEC ya citado...*

En cuanto a la competencia que tendría la Comisión del Consumidor de aplicar las normas del Convenio, la Sala lo concibe viable, dado que lo que resuelvan los órganos administrativos competentes por la materia, no agota la discusión de un tema y puede ser conocido por los órganos jurisdiccionales quienes resolverían en definitiva el conflicto: *"... En este sentido, los tratados internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa que versen sobre la materia del transporte aéreo, y dentro de ellos el de Varsovia, en tanto normas jurídicas vigentes, resultan plenamente aplicables por cualquier órgano administrativo o jurisdiccional que sea el competente para resolver una controversia en la que se discuta el cumplimiento o no del marco regulatorio específico del transporte, tráfico y regulación aérea, siempre dentro de su ámbito competencial, definido por el derecho interno. Por lo expuesto, el agravio debe ser rechazado*

**B) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:  
Sentencia de Casación N° 214 del 10 de marzo del 2009.**

Síntesis el Caso: Se trata sobre el incumplimiento de una empresa de transporte aéreo, que había sido contratada para que trajera un motor, una caja de cambios y un sistema de suspensión de un carro, desde Praga hasta Costa Rica. El servicio se pagó por adelantado, y debía ser entregado el 5 de diciembre del 2004, para que estos componentes pudieran ser instalados en un carro de carreras para la carrera de "Las Tres

Horas de Costa Rica" que tendría lugar el día 12 de diciembre del 2004. Una parte de la suspensión llegó el día 9 de diciembre, y el resto el 12 de diciembre.

La mercadería presentaba daños, por ello el demandante tuvo que correr con otro carro, realizar una serie de gastos adicionales y perdieron un patrocinio que cubriría los gastos del transporte del copiloto que venía de Brasil.

El fallo casado en su oportunidad resolvió: *"condenó a la accionada al pago de \$5.254.666,00 en concepto de patrocinio del vehículo Skoda, gastos aéreos Sao Paulo San José viceversa, compra de dos llantas y de sensor de motor para un vehículo Suzuki Ignis, arrendamiento de ese automóvil, preparación del carro Skoda, arreglo del motor que se trajo de República Checa y pago de bodegaje. Asimismo, le impuso el pago de los intereses legales desde la firmeza de la sentencia y hasta su efectivo pago"*

La Sala básicamente entró a analizar los siguientes tres aspectos:

**GUIA DE PORTE SIN FECHA DE ENTREGA DE LA CARGA (Considerando III):**

- Se tiene demostrado que la empresa de transporte tiene una serie de formulas predispuestas para colocar los datos del transporte y que carecen de referencia de la fecha de entrega, pese a que expresamente se solicita en el artículo 329, inciso c del Código de Comercio. La empresa de transporte argumenta a su favor que el servicio carecía de un plazo de entrega.

- Por su parte la Sala: A) Rechaza la posibilidad de estar frente a un contrato sin plazo de entrega, lo cual considera contraviene los principios de buena fe y equidad en los negocios; B) Defiende que el tiempo de cumplimiento es una condición esencial de todo negocio jurídico y que en nuestro ordenamiento el artículo 627 inciso 2 del Código Civil lo evidencia como un requisito de validez de las obligaciones al afirmar que la prestación debe ser **cierta** y posible; C) Afirma que el legislador previno esta omisión, y brinda una solución en los artículos 774 del Código Civil y 418 del Código de Comercio, según estas normas, el acreedor puede exigir de inmediato la obligación, salvo que por la naturaleza de la obligación, disposición de ley o costumbre, requiera un plazo; y lógicamente cuando el contrato prevea una fecha; D) Admite que el contrato de transporte puede ser verbal o escrito, según artículo 329 del Código de Comercio.
- Para dar una solución sobre este aspecto, razonó de la siguiente forma: *"...No es inusual que los contratantes recojan a través de la escritura (si la usan) tan sólo algunos de los aspectos medulares del negocio, pero otros, por muy diversas razones, se dejen por fuera. Ello no permite decir que la falta de respaldo gráfico obliga a tener por inexistentes tales acuerdos, si a través de otros medios probatorios, analizados según las reglas de la sana crítica, pueden ser acreditados. Además, debe agregarse que, en un caso como el que se debate, es el transportista quien está en condiciones de fijar una fecha definitiva o aproximada (de modo razonable) de cumplimiento, en tanto es él quien conoce su negocio y quien,*

*además, elabora las fórmulas de la guía de porte, por lo que la fecha de entrega debería constar en ellas como dato a completar. Así, su propia omisión no puede ser obstáculo para rechazar a priori el examen de otros medios de prueba..."*

- La Sala admitió el testimonio del mecánico para confirmar cual era el plazo de entrega de la mercadería, dado que fue quien llenó la fórmula del servicio contratado, y a pesar que no pudo identificar quien de la empresa de transporte le afirmó la fecha de entrega de la mercadería; bajo la tesis que: *"... en negociaciones con dependientes -como suele ocurrir en las grandes empresas-, es usual tratar con diversas personas, por lo que resulta desproporcionado e irrazonable para dar validez a su dicho, exigir que pueda identificar puntualmente a todos y cada uno de los sujetos con los que interactuó..."*

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS CON BASE EN EL CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR. (Considerando IV):**

- El fallo casado había condenado a la empresa de transporte aéreo por daños y perjuicios con base en las normas de responsabilidad contractual del Código Civil (1023), el Código de Comercio (334 y 335) y Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del

Consumidor (32), por considerar que el Convenio de Varsovia no estaba vigente por haber sido sustituido por el Convenio de Montreal. Además, el Convenio solo rige para aspectos del transporte, no para otros daños y perjuicios que se provoquen. Es importante tener presente que al momento de emitir el fallo,

- La Sala a contrario de lo que había interpretado el *Ad quem*, reconoce la vigencia del Convenio de Varsovia, y que el Convenio de Montreal de 1999, solo había sido suscrito por Costa Rica, pero no estaba vigente. Reconoce además, que existe un régimen de responsabilidad que debe aplicarse según lo prevé el numeral 22, inciso 2 del Convenio de Varsovia, pero que este numeral solo regula los daños que se derivan por el retraso, pérdida o avería de la mercadería, pero no limita a que sea la única indemnización, por lo que entiende que en caso que el incumplimiento cause otras consecuencias lesivas las mismas podrían indemnizarse. Este razonamiento, se adecúa a los alcances del artículo 41 de la Constitución Política, por lo que el afectado puede pedir la indemnización por pérdida, avería o retraso de la mercadería, bajo el Convenio de Varsovia; y bajo otras normas otros daños y perjuicios que producto de ese incumplimiento haya provocado un efecto negativo en su patrimonio: “... Se señala entonces, como sentido de la responsabilidad civil el dar reparación. Esto supone alcanzar la indemnidad del damnificado, ergo, colocarle en idéntica situación a la que tenía de previo al evento dañoso, lo que, a la luz del caso debatido supondría reconocer el límite indemnizatorio

*previsto para los daños de los bienes transportados, pero no sobre otros menoscabos infligidos a otros bienes jurídicos. Luego, esta fórmula de cálculo será usada -tan sólo- para determinar el monto que corresponde cubrir por concepto de los daños que experimentó la mercadería transportada...”*

- Adicionalmente, la Sala para el caso en concreto valida la aplicación de regla de indemnización del Convenio por los daños provocados a la mercadería traída; pero debido a que en esa instancia no contaba con la información requerida y la misma debe ser fijada por el juez de ejecución, advierte que encaso que el monto que dé, sea superior al otorgado en instancia, no podrá concedérsele ese monto, debido a que el actor había estado conforme con el monto otorgado por no casar la sentencia: “... está establecido el patrón de cálculo equivalente al franco y que corresponde a la cantidad de oro señalada y en la calidad descrita. Sin embargo, en vista de que no se cuenta en esta fase con el parámetro necesario para liquidarlo, esta tarea debe realizarse en la etapa de ejecución de sentencia, con el auxilio de un experto, que determine el valor monetario de esa unidad de medida. Ahora bien, considerando la incerteza absoluta de ese dato, no puede descartarse que esa fórmula de cálculo conduzca a una indemnización mayor que la concedida por los juzgadores de la instancia precedente respecto de ese pedimento. Si así fuera, se quebrantaría la prohibición de reforma en perjuicio contenida en el artículo 565 del Código Procesal Civil, lo que no puede prohiarse, en tanto que sólo el demandado recurrió

*contra el punto y el actor se conformó con la condena. Considerando que el monto concedido por el Tribunal por concepto de daños del motor correspondió a ₡138.744,00 es ese el tope que podrá otorgarse en caso de que el sistema de cálculo que debe aplicarse arroje una suma mayor. En síntesis, debe anularse el fallo del Tribunal, y resolviendo sobre el fondo revocar el del Juzgado, para, en su lugar, condenar a la demandada por los daños sufridos en el motor durante el transporte. La indemnización debe ser fijada multiplicando el equivalente monetario de 65.5 miligramos de oro con ley de novecientas milésimas por 100, que corresponde al peso del bulto transportado (según el documento de folio 2). La suma concedida no podrá ser superior a ₡138.744,00.”*

### **PREVISIBILIDAD COMO CAUSAL DE RESARCIMIENTO (Considerando V):**

- “Por otro lado, en su cuarto reparo objeta el carácter imprevisible de los daños concedidos, pues no le fue informado el destino de la mercadería. La previsibilidad o no de los daños causados como criterio que permite o excluye su resarcibilidad, es particular del Derecho Civil Francés (artículo 1151 del Código Napoleón), no así del Derecho Civil Costarricense, pues en ninguna norma se desarrolla esa circunstancia de su potencial anticipación como sustento del deber de indemnizar. Esa característica responde al criterio del Derecho Francés de establecer un diferente parámetro indemnizatorio entre el incumplimiento culposo y el doloso, tratamiento extraño

a la normativa patria, porque de conformidad con la Constitución Política, el daño (sin mayores distinciones, lo que equivale a decir, doloso o culposo) genera, en todo caso, el deber de reparar o indemnizar, según fue expuesto. Es su carácter directo e inmediato (nexo de causalidad) lo que permite concluir el deber de indemnizar (numeral 704 del Código Civil). En suma, la censura debe desestimarse.”

### **CONSIDERACIONES FINALES**

Pese a que la industria aeronáutica ha tenido un desarrollo muy reciente dentro de la historia de la humanidad, su trascendencia económica ha permitido que se logren importantes acuerdos en el plano legal de aceptación casi mundial. Si bien la regulación que existe, es una mezcla de la responsabilidad civil objetiva y subjetiva, que implica una variedad de eximentes de responsabilidad que se deben aplicar para cada supuesto regulado; su principal logro es brindar un tratamiento uniforme al tema de la responsabilidad civil.

En nuestro país, los criterios que han sido esbozados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al momento de tener que aplicar el Convenio de Varsovia con su respectiva modificación del Protocolo de la Haya, responden adecuadamente a los criterios de interpretación que deben realizarse de una obligación de resultados que ha sido plasmada en un contrato de adhesión; así se denotó cuando resolvieron la falta de indicación del plazo de entrega en la carta de porte aéreo, no otorgándole ventaja al porteador de esa omisión; y por el contrario, permitiéndole al perjudicado que

podiera demostrar la existencia de ese plazo por medio de una prueba testimonial, lo cual resulta ajustado a nuestro ordenamiento jurídico interno. También resultó de suma importancia que se destacara la esencialidad que tiene el plazo de entrega dentro de un contrato de transporte, tal y como Garrigues había defendido en su oportunidad; y que al darse una ejecución tardía, acarrea responsabilidad para el porteador.

Por otro lado, los magistrados al momento encontrar el acomodo para que coexistan las normas internas de indemnización compensatoria y de protección al consumidor con las del Convenio de Varsovia, por el portillo de la norma constitucional; viene a ser la solución más justa sin entrar en conflicto con el espíritu de los Convenios de Unificación de Reglas, ya que los supuestos que están regulados son sumamente puntuales, y el Convenio de Montreal únicamente prohíbe a los tribunales otorgar indemnizaciones punitivas, con lo que se habilitan las demás indemnizaciones compensatorias para proteger la lesión del patrimonio del acreedor, y las demás sanciones de índole no económico.

Por lo tanto, los Convenios Internacionales son una limitación para aplicar un parámetro diferente de responsabilidad en los casos regulados, pero no implica, la desaplicación del resto de las normas jurídicas internas; y gracias a sus disposiciones, el régimen de responsabilidad del Convenio de Montreal, viene a ser un nuevo avance a favor de la protección de los intereses del cargador y del pasajero del transporte aéreo internacional, al atribuirle de forma objetiva el riesgo del servicio de transporte, al porteador aéreo.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS:

Bauza Araujo, Álvaro. PRINCIPIOS DE DERECHO AÉREO, doctrina, legislación y jurisprudencia. Editorial Martín Bianchi Altuna. Montevideo, Uruguay. 1954.

Benito y Endara, Lorenzo. DERECHO MERCANTIL. Segunda Edición revisada y puesta completamente al día por Emilio Miñana Villagrasa. Editorial Reus S.A., Madrid España. 1932.

Bonet Correa, José. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO AÉREO. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, España. 1963.

Broseta Pont, Manuel. MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Décimo séptima edición, Volumen II: Contratos Mercantiles, Derecho de los Títulos-Valores y Derecho Concursal. Editorial Tecnos. España 2010.

De Reina Tartiére, Gabriel (Coordinador). CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES: Parte General. Primera Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2010.

Farina, Juan M. CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS (Modalidades de contratación empresarial) Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina. 1993

Folchi, Mario O. y Consentino, Eduardo T. DERECHO AERONÁUTICO Y TRANSPORTE AÉREO. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1977.

Gámir, Agustín y Ramos David. TRANSPORTE AÉREO Y TERRITORIO. Primera Edición. Editorial Ariel S.A. España. 2002.

Garrigues, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Séptima edición. Volumen I. Editorial Porrúa. México. 1981.

Ghersi, Carlos Alberto. CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES. Parte General y Especial. Quinta Edición. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2002.

Jiménez Sánchez, Guillermo Jesús. LECCIONES DE DERECHO MERCANTIL, revisada y puesta al día. Décimo Segunda Edición. Editorial Tecnos. Madrid, España. 2008.

Mapelli, Enrique. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL, COMENTARIOS AL CONVENIO DE VARSOVIA. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1968.

Perez Vargas, Victor. DERECHO PRIVADO, Segunda Edición. San José, Costa Rica. 1991.

Pothier. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Heliasta SRL. Argentina. 1993

Martínez Martínez, Eustaquio. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA CONVENCION DE VARSOVIA DE 1929. Referente a la Responsabilidad Civil del Porteador Aéreo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1962.

Stiglitz, Rubén S. CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES, parte general I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.

Tupini Marsili, Giorgio. DERECHO AÉREO INTERNACIONAL, primera edición. Editorial UNED. San José, Costa Rica. 1981.

### TESIS:

Mora Valverde, María Gabriela y Zamora Román, Karen. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO POR DAÑOS CAUSADOS A PERSONAS Y COSAS. Tesis para optar por grado de Licenciatura. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. 1992.

Viquez Quirós, Carlos José. ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTISTA AÉREO POR DAÑOS CAUSADOS A LOS PASAJEROS: CRÍTICAS Y PROPUESTAS AL CONVENIO DE MONTREAL DE 1999. Tesis para optar por grado de Licenciatura. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2007.

### REVISTAS:

Perez Vargas, Victor. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. Revista Ivstítia Número 175 - 176, páginas 21 - 34

REGIMEN DEL CONVENIO DE VARSOVIA (Textos Esenciales). Primera edición. Departamento Jurídico IATA. 1981

### INTERNET:

Seminario 7 mayo de 2009. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Consultado vía internet en página <http://www.instibaerospa.org/cont/cursos/D44.pdf>

# CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA DEL COMISO EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL COSTARRICENSE

**Lic. José Luis Campos**  
**Abogado litigante**

*Director del área de Derecho Penal de la firma Batalla Abogados  
Profesor Universidad Autónoma de Centroamérica y Universidad de La Salle*

## **Resumen**

En las páginas que siguen, se analizará la figura del comiso dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

El comiso presenta una serie de cuestiones no solo susceptibles de revisión teórica, sino de consecuencias prácticas muy importantes. De ahí la necesidad de establecer cuál es su naturaleza jurídica, cuáles son las diferencias con otros institutos que presentan algún grado de similitud, y cómo se encuentra regulado en la legislación nacional.

Las consecuencias jurídicas del delito diferentes a la pena son infrecuente materia de estudio en Costa Rica, por lo que este artículo busca funcionar como guía para todo aquel que quiera profundizar en un aspecto considerado secundario o no primordial del Derecho Penal, por debajo de la teoría del delito y del proceso.

## **Palabras Clave**

COMISO – DERECHO PENAL –  
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL  
DELITO – LEGISLACIÓN

## **INTRODUCCIÓN**

El comiso de los bienes e instrumentos con los que se ha cometido un delito y de las ganancias provenientes de este es una consecuencia jurídica que se ha establecido en nuestro Derecho Penal desde hace mucho tiempo.

Pese a que hay estudios referidos a esta figura en la literatura jurídica patria, hemos creído conveniente retomar algunos temas sobre los cuales consideramos que puede haber mayor investigación y debate doctrinario y académico, todo con el fin de mejorar su aplicabilidad y funcionalidad.

El propósito de este trabajo es únicamente buscar introducir en el estudio del comiso a quien pretenda realizar una investigación más exhaustiva, por medio del establecimiento de pautas y materias para el análisis que puedan ser profundizados en un momento posterior.

## **I- DEFINICIÓN**

El comiso, según el Diccionario de la Real Academia Española proviene del latín “*commissum*”, es decir, confiscación, y se define como “pena accesoria a la principal

que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta.”<sup>1</sup> Cabe mencionar que existen otras tres acepciones dentro de este diccionario, que no son aplicables a la materia penal y que por tal razón no desarrollo.

El significado del término viene asimilado al de decomiso (Zaffaroni, 1988, p. 260), sin embargo, veremos que esto no es correcto desde el punto de vista jurídico, porque se trata de conceptos distintos entre sí, como explicaré más adelante.

También es usual que se utilicen ambos términos como sinónimos en tratados internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988<sup>2</sup>, que en su artículo 1 inciso f) estipula que “por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.”

Por su parte, la Convención de Estrasburgo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito<sup>3</sup> de 1990, habla expresamente de “confiscación” y la define como “una pena o medida, ordenada por un tribunal tras un procedimiento judicial relacionado con un delito o delitos, que finaliza con la privación de la propiedad.”

Todas estas definiciones recogen la esencia de la figura, cual es la de privar de la propiedad de un bien con el que se ha cometido un delito, o que es producto de éste, al autor declarado como tal por sentencia firme. Sin embargo, carecen de un elemento distintivo que a nuestro juicio es básico, que es el hecho de que esa propiedad se traslada al Estado o a alguna institución pública.

Asimismo, la figura del comiso se aplica únicamente a los objetos que hayan sido producidos por un delito o a los instrumentos con los que se cometió, denominándose los primeros como producta scaeleris y los segundos como instrumenta scaeleris (Jescheck, 1993, p. 725). Al no recaer sobre el patrimonio como un todo, sino sobre bienes individualizados, se logra salvar cualquier posible vicio de inconstitucionalidad si se contrapone esta figura al texto del artículo 40 de la Norma Fundamental, que prohíbe la pena de confiscación.<sup>4</sup>

## II. NATURALEZA JURÍDICA

Una de las cuestiones más debatidas ha sido la naturaleza jurídica del comiso. En relación con este punto, se han establecido tres posiciones concretas: la consideración como pena accesoria, el tratamiento como consecuencia civil del hecho punible y la tesis que entiende que se trata de una consecuencia accesoria independiente de la responsabilidad civil o penal.

1 Vid. <http://lema.rae.es/drae/?val=comiso>

2 Aprobada mediante Ley N° 7198 del 25 de setiembre de 1990.

3 Este Convención fue adoptada por el Consejo de Europa para los países miembros de la Unión Europea.

4 En opinión de Hernández (1998, p. 148), “la garantía que prohíbe las penas confiscatorias implica que ninguna persona puede ser desposeída totalmente de los bienes y hacienda que ha obtenido con su esfuerzo personal o ha heredado de terceras personas.” De la misma opinión es Abdelnour (1984, p. 363), para quien “la idea de universalidad que caracteriza a la confiscación general, no se encuentra jamás en la especial, y si bien en ambos casos se opera una verdadera transferencia de propiedad en beneficio del Estado, no deben confundirse. El comiso es también confiscación, pero especial, de naturaleza y efectos diversos a los de la confiscación general.”

## A. PENA ACCESORIA

Esta posición fue la que prevaleció dentro de la doctrina mayoritaria por mucho tiempo y se fundamentaba en que el comiso, al venir impuesto en sentencia condenatoria, era asimilable a una sanción accesoria<sup>5</sup> que acompaña la pena principal, que puede ser privativa de libertad o pecuniaria (Creus, 1992, p. 518; Zaffaroni, 1988, p. 260).

Dicha caracterización como pena accesoria no es correcta ni desde el punto de vista formal, ni en sentido material, porque no está prevista dentro del elenco de sanciones del artículo 50 del Código Penal<sup>6</sup>, y además, como bien sostiene Mir (1998), “el comiso no se prevé como amenaza destinada a disuadir de la comisión del delito ni como castigo merecido por el delito. No responde a ninguno de los fines de la pena: ni a la prevención a través de la motivación ni a la retribución. Tampoco obedece a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto, como las medidas de seguridad.” (p. 796)

Una razón adicional para mostrarnos contrarios a esta tesis la encontramos en el hecho de que no en todos los casos de sentencias condenatorias se decreta el comiso, pues los delitos culposos se encuentran fuera del ámbito de alcance de este instituto.

Las definiciones que se reseñaron en el apartado II también parecen decantarse por darle el tratamiento de un castigo, quizás por el hecho de que el comiso se decreta por medio de la sentencia que declara la responsabilidad penal de una persona.

## B. CONSECUENCIA CIVIL DEL HECHO PUNIBLE

Una segunda corriente ubica al comiso como una consecuencia civil derivada del hecho punible, y así parece que lo entendió el legislador al promulgar el Código Penal vigente<sup>7</sup>, cuando estableció en el artículo 103 la siguiente redacción:

“ARTÍCULO 103.-Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará:

- 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor;
- 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y
- 3) El comiso.”

Tanto la Sala Tercera de Casación como la Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia han indicado que efectivamente el comiso es

5 En nuestro sistema, la pena accesoria por excelencia es la inhabilitación, aunque el artículo 50 del Código Penal la prevea como pena principal. Sobre la aplicación de la inhabilitación como sanción accesoria, pueden verse por ejemplo los artículos 117, 128, 161 bis, 254 bis y 358. Como pena principal, la inhabilitación está prevista únicamente en los artículos 168 bis y 234 del mismo Código Penal.

6 “Artículo 50.—Las penas que este Código establece son:

1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación.

2) Accesorias: inhabilitación especial.

3) Prestación de servicios de utilidad pública.”

7 Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970.

una consecuencia civil del hecho punible<sup>8</sup>, tomando en cuenta lo establecido por este artículo.

Pese a encontrarse redactada de esa forma la norma del Código Penal, este enfoque según mi punto de vista es aún más insostenible que la del comiso como pena accesoria, en tanto que la pérdida de los instrumentos y los productos de un delito no se enmarca ni en el ámbito indemnizatorio de la responsabilidad civil, ni tampoco como una restitución de las cosas hacia quienes han sido privados de ellas mediante el hecho delictivo. Como dijimos anteriormente, el comiso es una confiscación de un bien o bienes específicos por parte del Estado, y nada tiene que ver con relación jurídica obligacional entre el autor del hecho y la parte ofendida.

El criterio negativo hacia la consideración del comiso como consecuencia civil del delito es avalado en doctrina. Así, para Abdelnour (1984, p. 381-382), tres son las razones por las cuales el comiso no cuenta con este carácter:

- a) Carece de eficacia reparadora.
- b) No participa del carácter privado de la responsabilidad civil.
- c) No tiene carácter impersonal.

Vale agregar que el Código Penal de 1941, cuyas disposiciones sobre responsabilidad civil siguen vigentes a la fecha según lo establecido en la Ley N° 4981 del 8 de noviembre de 1971, en ningún momento

8 Vid. entre otras las sentencias 505-99 de las 10:00 horas del 30 de abril de 1999 y 780-2000 de las 10:20 horas del 7 de julio de 2000, ambas de la Sala Tercera, y las sentencias de la Sala Constitucional 2001-12213 del 28 de noviembre del 2001; 2001-9384 de las 14:46 horas del 19 de setiembre del 2001 y 2001-9376 de las 14:38 horas del 19 de setiembre del 2001.

incluía al comiso como una consecuencia civil del hecho punible, aunque el comiso sí estaba previsto dentro de su articulado.

La explicación de este cambio de consideración hacia el comiso que finalmente se plasmó en el Código Penal se origina, en opinión de Abdelnour (1984, p. 367-371), en la discusión del texto del Código Penal Tipo para América Latina, donde el artículo 97, de redacción casi idéntica a nuestro artículo 110, fue incluido dentro de las normas relativas a la responsabilidad civil derivada del delito, contrario a la opinión mayoritaria, que participaba de la idea de darle una naturaleza distinta.

### **C. CONSECUENCIA ACCESORIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL**

En una tercera tendencia, que a nuestro entender es la correcta, encontramos a quienes consideran al comiso como una consecuencia accesoria del hecho punible, independiente de los efectos penales y civiles.

En palabras Hirsch, (citado en Gracia, 2006, p. 539), “es evidente también que la aplicación de estas otras consecuencias no puede estar condicionada en modo alguno por las reglas y principios a que están sujetas las consecuencias específicamente penales del delito [...] Si algo está claro y, por ello mismo, no se discute acerca de ello en las Dogmáticas que se han preocupado de desarrollar una teoría de las consecuencias

accesorias, eso es que éstas encuentran su fundamento y legitimación en un supuesto de hecho al que le son ajenas por completo tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal de un sujeto determinado.”

De esta manera, el Estado en aplicación del ius puniendi le añade a la sentencia condenatoria un efecto adicional que consiste en hacer suyos los instrumentos que sirvieron para cometer un delito o privar de las ganancias obtenidas con el hecho punible al resulte penalmente responsable.

El Estado no busca con el comiso, tal y como ya se indicó, desplegar efectos preventivos sobre el autor del hecho o procurar indemnizar a las víctimas por los daños causados. Los bienes caídos en comiso sufren una traslación de dominio por imperio de ley, más allá de los efectos punitivos y resarcitorios de la condena.

### **III- DIFERENCIA ENTRE EL COMISO Y OTRAS FIGURAS APLICABLES A BIENES DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES**

#### **A. SECUESTRO**

El secuestro es una medida dispuesta por un juez a petición del Ministerio Público o la

Policía Judicial en el marco de las diligencias de obtención de prueba que se realizan en la etapa preparatoria de un proceso penal. Puede ordenarse “en relación con los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación<sup>9</sup> y aquellos que puedan servir como medios de prueba”, según el artículo 198 del Código Procesal Penal.

Se trata, entonces, de una medida temporal no traslativa de dominio y de obtención de evidencia, mientras que el comiso es definitivo, y como diligencia probatoria que es, el primero está sujeto a los principios que rigen la materia, en especial el principio de legalidad de la evidencia consagrado en el ordinal 181 del mismo Código Procesal.<sup>10</sup>

Esto implica, por ejemplo, que el secuestro que no cumpla con los requisitos previstos en la ley, en especial cuando se da la inexistencia de orden judicial que lo decreta o la falta de fundamentación de ésta, es absolutamente ineficaz y procesalmente no será apto para sustentar un requerimiento acusatorio contra el imputado.

Un claro ejemplo de la diferenciación entre ambas figuras lo encontramos en el artículo 33 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo<sup>11</sup>, que en lo conducente dice

9 Debemos entender el uso de “confiscación” en este artículo como sinónimo de “comiso”, según lo explicado anteriormente.

10 “ARTICULO 181.- *Legalidad de la prueba* Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.”

11 Ley N° 8204 de 26 de diciembre de 2001.

que “al investigarse un delito de legitimación de capitales o de financiamiento al terrorismo, el Ministerio Público solicitará al tribunal o la autoridad competente, en cualquier momento y sin notificación ni audiencia previas, una orden de secuestro, decomiso o cualquier otra medida cautelar, encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados para el eventual comiso.”

## B. INCAUTACIÓN O DECOMISO

Sujeto a menos formalismos que el secuestro, la incautación o decomiso se lleva a cabo por la Policía Administrativa, sin orden judicial<sup>12</sup>, dentro de las funciones de prevención del delito y de colaboración de estos cuerpos policiales con la administración de justicia.

Algunos ejemplos de la facultad de incautar bienes que tiene la Policía Administrativa los encontramos en las siguientes disposiciones:

- Artículo 26 de la Ley General de Policía<sup>13</sup>, en relación con sustancias estupefacientes.

- Artículo 83 de la Ley de Armas y Explosivos<sup>14</sup>, en relación con armas de fuego.
- Artículo 37 de la Ley de Creación del Servicio Nacional de Guardacostas<sup>15</sup>, en relación con productos alimenticios o perecederos encontrados en una embarcación.

Por lo general, la incautación por parte de la policía administrativa es lo que da inicio a una causa penal, sin perjuicio de que finalmente los bienes incautados puedan ser objeto de comiso en sentencia condenatoria, y por eso no hay participación de los tribunales cuando se ejecuta esta medida.

## C. EMBARGO

El embargo es una medida cautelar de carácter real cuya finalidad es asegurar los eventuales resultados de una sentencia condenatoria en el aspecto civil, y no tiene incidencia probatoria en el proceso.

Como medida precautoria, el embargo puede ser ordenado sobre bienes del demandado civil que no tengan relación alguna con el delito cometido, o incluso sobre el patrimonio de un

12 No obstante, el artículo 25 de la Ley contra la Delincuencia Organizada habla de decomiso preventivo por parte de la autoridad competente que conozca la causa de todos los bienes muebles, inmuebles, dinero, instrumentos, equipos, valores y productos financieros utilizados o provenientes de la comisión de los delitos previstos por esta Ley, con lo cual nuevamente surge la confusión entre las figuras del secuestro y de la incautación. Este artículo 25 se refiere, sin duda alguna, al secuestro, en los términos anteriormente explicados.

13 Ley N° 7410 del 26 de mayo de 1994.

14 Ley N° 7530 del 10 de julio de 1995.

15 Ley N° 8000 del 5 de mayo de 2000.

tercero ajeno al hecho, pero que puede también ser eventualmente declarado como solidariamente responsable, como serían los casos previstos en el artículo 106 del Código Penal.<sup>16</sup>

Otro elemento importante es que el embargo puede ordenarse únicamente a solicitud del actor civil, mientras que el comiso, según veremos, procede aún cuando no haya ninguna solicitud expresa de alguna de las partes intervinientes en el proceso.

## IV- REGULACIÓN LEGAL DEL COMISO

La figura del comiso se encuentra regulada en nuestro ordenamiento a lo largo de varias normas contenidas en diferentes leyes, tanto sustantivas como procesales. En este apartado, se hará una enumeración de las más importantes.

### A. CÓDIGO PENAL

El artículo 110 del Código Penal señala lo siguiente:

16 “ARTÍCULO 106.-

*Es solidaria la acción de los partícipes de un hecho punible, en cuanto a la reparación civil. Están igualmente obligados solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios:*

- 1) *Las personas naturales o jurídicas dueñas de empresas de transporte terrestre, marítimo o aéreo de personas o de cosas;*
- 2) *Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles;*
- 3) *Las personas naturales o jurídicas dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes y demás trabajadores a su servicio;*
- 4) *Los que por título lucrativo participaren de los efectos del hecho punible, en el monto en que se hubieren beneficiado;* y
- 5) *Los que señalen leyes especiales.*

*El Estado, las Instituciones Públicas, autónomas o semi-autónomas y las municipalidades, responderán subsidiariamente del pago de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios con motivo del desempeño de sus cargos.”*

17 El segundo párrafo de este artículo fue añadido recientemente mediante la reforma aprobada a la Ley de Tránsito que se tramitó bajo el expediente legislativo número 18032. A la fecha de elaboración de este trabajo, la ley no ha sido publicada.

“Artículo 110- El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros. Se excluyen de esta previsión los vehículos involucrados en la comisión de los hechos tipificados en el artículo 254 bis del Código Penal.”<sup>17</sup>

Esta norma recoge la regla general en el tema de comiso: la sentencia condenatoria de toda conducta punible hace que los instrumentos y las cosas o valores provenientes del delito pasen a propiedad del Estado.

No obstante, la norma también presenta algunos elementos que requieren de un mayor análisis.

Al hablar de “delito”, el artículo no distingue entre dolosos y culposos, de donde se puede concluir que unos y otros estarían incluidos en el artículo según su sentido literal, excluyéndose de la aplicación únicamente a

las contravenciones. Sin embargo, la doctrina se muestra mayoritariamente a favor de que el comiso proceda únicamente en casos de delitos dolosos (Zaffaroni, 1988, p. 261).

Del mismo modo, para que se produzca el comiso debe necesariamente dictarse una sentencia condenatoria, sin tomar en cuenta que el delito haya quedado en grado de tentativa o se haya consumado, e independientemente del tipo de sanción que reciba el condenado y de la modalidad de ejecución.

La posición de nuestra jurisprudencia penal ha sido aceptar la aplicación del comiso aún en los casos en que no haya sentencia condenatoria por no haber llegado la causa a la fase de juicio, como sucede con la aplicación de medidas alternativas a la persecución penal, posición que incluso ha sido avalada por circulares internas del Ministerio Público<sup>18</sup> y por la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia, tal y como se puede leer en el siguiente extracto:

“El Código Penal señala en el artículo 103, que el comiso es una de las consecuencias civiles del hecho punible, excluyéndolo así de las penas principales y accesorias, que tal y como se establece en el artículo 50, son únicamente la prisión, el extrañamiento, la multa e inhabilitación y la inhabilitación especial. Dentro de la misma línea de pensamiento, el Código Procesal Penal, incluye dentro de las normas que regulan la ejecución civil, la figura del comiso en su artículo 465.

18 Vid. Circulares de la Fiscalía General de la República números 38-99 del 29 de octubre de 1999 y 09 ADM 2010 de marzo del 2010.

En los casos que señala el consultante, no existe impedimento para que el Juez que dicta sentencia en la que se extingue la acción penal por el pago máximo de la multa (artículo 30 inciso c del Código Procesal Penal), ordene el comiso de los instrumentos con que se cometió el delito, así como de las cosas provenientes de su realización, pues la extinción de la acción penal por esa causal no implica que el hecho delictivo no haya tenido consecuencias civiles a favor del Estado. Resultaría contrario a los fines del Derecho Penal, que en delitos tipificados por ejemplo en la Ley de Conservación de Vida Silvestre, el imputado pague el máximo de la multa, y se proceda a la devolución del equipo utilizado para la extracción o caza ilegal de flora o fauna silvestre, o bien de los animales en peligro de extinción, pues ello se traduciría en un contrasentido, ya que en otras palabras se le estaría diciendo al infractor que pague el máximo de la multa si quiere mantener en su poder, por ejemplo, los animales que cazó y que se encuentran en peligro de extinción, o bien, el equipo utilizado para la comisión del hecho.

Además, en caso de animales cuya caza se encuentra prohibida y que fueron decomisados, es obvio que el comiso tendría que ordenarse, pues se trata de objetos que por su naturaleza están fuera del comercio de las personas.

Misma situación se da en la suspensión del proceso a prueba, en la que si bien es cierto no se da una sentencia hasta que el plazo de la suspensión opere, dentro de la homologación del plan reparador debe ordenarse el comiso,

pues se trata de medidas que deben contar con soluciones expeditas, y mal haría un juzgador si postergara la decisión de ordenar el comiso hasta la sentencia que extingue la acción penal por vencimiento del plazo de la suspensión.

Conviene aclarar que los institutos que nacieron con la normativa procesal penal actual y que quiebran el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, como es el caso del pago máximo de la multa, o bien, la conciliación, la suspensión del procedimiento a prueba o bien el mismo procedimiento abreviado, parten de la existencia de la comisión de un hecho antijurídico por parte del infractor, y aunque se suspenda o extinga el ejercicio de la acción penal, éste se trata de un efecto que incide en la sanción penal, pero que no elimina las consecuencias civiles del hecho que surgen como parte de la potestad estatal. Por estas razones no es necesario que exista una sentencia condenatoria, o bien que se discuta la responsabilidad del imputado para que se den las consecuencias civiles del hecho punible, como resulta ser en este caso, la figura del comiso. Además, es importante que el juzgador y el mismo Ministerio Público tomen en cuenta estos aspectos a la hora de homologar acuerdos sobre la aplicación de estos institutos: por ejemplo, en delitos como las lesiones culposas “que por su naturaleza permite la aplicación de la mayoría de los institutos, se podría creer que la negociación incluye no

sólo la pena principal sino la accesoria, y que por lo tanto la aplicación de estos institutos excluye la inhabilitación.”<sup>19</sup>

Los argumentos de la Comisión son respetables pero no los compartimos, pues se está incurriendo en un error muy importante al equiparar el decomiso o secuestro con el comiso, y, como se vio, se trata de institutos muy diferentes entre sí.

Asimismo, este instituto se aplica sobre bienes cuya titularidad recae sobre un particular, no cuando pertenecen al propio Estado, más aún cuando tales bienes se encuentran fuera del comercio. En el extracto recién transcrito, la apropiación de flora y fauna silvestre, o de animales en peligro de extinción o piezas de caza no es posible, porque estas cosas por su propia naturaleza son públicas y se encuentran imposibilitadas de entrar en dominio particular.

En cuanto a los bienes de dominio privado, si como parte de las negociaciones entre el Ministerio Público y el imputado de común acuerdo se decide que este último entregue un determinado bien, no estamos ante un comiso, sino precisamente ante un acuerdo para aplicar alguna de las alternativas a la persecución penal, acuerdo que también está sujeto a control jurisdiccional.<sup>20</sup> De ninguna manera podría aplicarse el comiso a un imputado sin que haya sentencia condenatoria, en atención del principio de legalidad que informa todo el ordenamiento jurídico penal.

19 Vid. Oficio 25-99 del 17 de mayo de 1999 emitido por la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia.

20 Mediante sentencia 2010-8296 de las 14:44 horas del 5 de mayo del 2010, la Sala Constitucional evacuó una consulta de constitucionalidad referente a una directriz emanada de la Fiscalía Adjunta de Alajuela según la cual, en los procesos por conducción temeraria, como plan reparador se debía requerir la donación del vehículo al Estado. La Sala determinó que dicha directriz resultaba contraria al Derecho de la Constitución, particularmente a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Pese a lo anterior, esta regla se ha roto definitivamente con la promulgación de la Ley contra la Delincuencia Organizada<sup>21</sup>, que establece en su artículo 54 que procederá el comiso cuando se apliquen soluciones alternativas al juicio, pero únicamente en lo que respecta a causas que se tramiten bajo esta Ley.

Como aspecto por destacar, tenemos que el nuevo segundo párrafo del artículo 110 exceptúa de la aplicación del comiso al vehículo cuando se trate del delito tipificado en el artículo 254 bis del Código Penal, es decir, la conducción temeraria.

A partir de la introducción de este delito en el año 2008, se presentaron condenas

en las cuales se ordenaba el comiso del automotor, lo cual ya era cuestionable por la naturaleza de peligro abstracto que presenta esta conducta. El legislador con buen tino ha excluido ahora su aplicación, quizás motivado por el hecho de que no hay daño particular o social alguno que se produzca por parte del autor, por lo que aún cuando resulte condenado, el comiso deviene una consecuencia desproporcional.

En adición, la jurisprudencia ha señalado de modo reiterado que las consecuencias civiles del hecho punible no son objeto del recurso de revisión<sup>22</sup>, y dado que los tribunales patrios son partidarios de la naturaleza civil del comiso, aquellos que han perdido su vehículo por haber sido condenados

<sup>21</sup> Ley N° 8754 del 22 de julio del 2009.

<sup>22</sup> Véase por todos el voto número 2012-62 de las 16:20 horas del 6 de febrero del 2012 del Tribunal de Apelación de Sentencia del III Circuito Judicial de Alajuela, el cual recoge el criterio que ha prevalecido tanto en los ya desaparecidos Tribunales de Casación Penal como en las Salas Constitucional y Tercera de la Corte Suprema de Justicia. El fallo en su considerando único señala lo siguiente: “ÚNICO.- Se formula demanda de revisión en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, dictada mediante la aplicación del procedimiento abreviado a las dieciséis horas diez minutos del dieciséis de mayo de dos mil once. Como único reclamo se alega quebranto al principio de proporcionalidad por ordenarse el comiso sobre la casa de habitación de la imputada. Se declara inadmisibile el procedimiento. Con fundamento en la violación al debido proceso, causal vigente al momento de interponer la demanda, no es posible interponer demanda de revisión por asuntos relativos al comiso, debiendo declararse inadmisibile la misma. Al respecto a dicho la Sala Constitucional: “Como primer motivo del procedimiento de revisión de la sentencia, la defensa argumenta que se violó el debido proceso, pues no se fundamentó adecuadamente la sentencia en lo referente al comiso de los bienes. Afirma que no se acreditó que un bien inmueble familiar, objeto del comiso, fuera utilizado para la comisión del delito o hubiera sido adquirido con dinero proveniente de la actividad ilícita. Conforme señala el artículo 367 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria decidirá sobre el comiso de los bienes. Implica esto que el juzgador debe motivar tanto los aspectos fácticos como jurídicos relativos al comiso, a fin de que las partes puedan conocer las razones por las cuales se tomó una determinación en ese sentido. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 y 110 del Código Penal el comiso es una de las consecuencias civiles del hecho punible, junto con la restitución y la reparación e indemnización de daños y perjuicios. Los juzgadores deben exponer por qué estiman que los bienes fueron utilizados o provienen de la actividad ilícita y acreditarlo por medio de los diversos medios de prueba. No obstante, no es posible por la vía del procedimiento de revisión de la sentencia entrar a conocer aspectos del fallo ajenos a la condena penal del imputado. El artículo 408 del Código Procesal Penal establece claramente que la revisión procederá contra las sentencias firmes y a favor del condenado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección. Significa esto que lo único que puede discutirse por la vía del inciso g) de dicho artículo que señala: “Cuando la sentencia no ha sido dictada mediante el debido proceso u oportunidad de defensa” es lo relacionado con la condena penal, no con las consecuencias civiles de la comisión del ilícito, que bien pueden ser reclamadas mediante el recurso de casación. En consecuencia, con relación a la falta de fundamentación del comiso que acusa la gestionante, no ha lugar a evacuar la consulta”. Por lo dicho corresponde declarar inadmisibile el presente procedimiento de revisión.”

por conducción temeraria, deberán acudir a otra vía, concretamente la contencioso administrativa, para tratar de recuperarlo.

## B. CÓDIGO PROCESAL PENAL

En el Código Procesal Penal<sup>23</sup>, igualmente se han incluido disposiciones relacionadas con el comiso en el último párrafo del artículo 367, y en el artículo 480, respectivamente:

“Artículo 367- Condenatoria. La sentencia condenatoria fijará, con precisión, las penas que correspondan y, en su caso, determinará la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado.

Se unificarán las condenas o las penas cuando corresponda.

La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles.

Decidirá sobre el comiso y la destrucción, previstos en la ley.”

“Artículo 480- Comiso. Cuando en la sentencia se ordene el comiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas que rigen la materia. En su caso los instrumentos con que se cometió el delito, serán remitidos al Museo Criminológico de la Corte Suprema de Justicia.”

<sup>23</sup> Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996.

<sup>24</sup> Ley N° 5524 del 7 de mayo de 1974.

Llama la atención en primer lugar que el artículo 367 trate lo relacionado con el comiso dentro de la condenatoria penal, y no en el artículo 368, que es donde se regula lo referente a la condenatoria civil. Esto puede ser reflejo de que aún cuando la literalidad de la norma sustantiva hable del comiso como consecuencia civil, su naturaleza, según lo explicado anteriormente, no ha sido definida de forma clara.

Sin embargo, se confirma en ambos artículos la necesidad de una sentencia condenatoria para que sea procedente el comiso, por una parte, y por otra, se determina el destino de los instrumentos con los que se cometió el delito, elemento que como se verá tiene mayor regulación en otras normas, a las que remite directamente el artículo 480.

## C. LEY ORGÁNICA DEL ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL

La Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial<sup>24</sup> dispone en sus artículos 43 y 44 cuestiones relativas a este instituto:

“Artículo 43.- Los tribunales penales estarán obligados a remitir al Organismo de Investigación Judicial, una vez fenecida la causa respectiva, todas las armas que hayan caído en comiso, de las cuales se seleccionarán las que a juicio del citado organismo deban pasar a formar parte del Museo, cuando su exhibición tuviere interés.

Las restantes, cuando no fuere del caso proceder a su destrucción, serán enviadas, si se tratare de armas de fuego, al Ministerio de Seguridad Pública, y las demás al Juzgado Penal de Hacienda, para que proceda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.”<sup>25</sup>

“Artículo 44.- En relación a los demás objetos caídos en comiso, los tribunales penales procederán a dar aviso al Museo del Organismo, el cual podrá solicitar su remisión cuando lo estimare conveniente.”

Una vez más, queda clara la intención del legislador de que el comiso se aplique una vez fenecida la causa, es decir, con una sentencia condenatoria.

El numeral 43 se refiere nada más al comiso de armas, y dentro de ellas hace una distinción: el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) debe recibir de parte de los tribunales todas las armas comisadas, sin excepción, pero de esa totalidad, el propio Organismo seleccionará las que han de ser destruidas y las que no han de correr esa suerte, deben pasar a formar parte del Museo Criminológico, o bien, deben ser enviadas al Ministerio de Seguridad Pública, tratándose de armas de fuego, para que se integren al Arsenal Nacional.

Las demás armas deben ser enviadas al Juzgado Penal de Hacienda para que sean subastadas si a los dos años de haber adquirido firmeza la sentencia, nadie formula ningún reclamo sobre ellas.

<sup>25</sup> El artículo 46 al que se hace remisión reza que los objetos que no fuere del caso ponerlos a la orden de ningún tribunal, podrán ser subastados por el Juzgado Penal de Hacienda, si dentro de los dos años siguientes a su ingreso no fueren reclamados por sus legítimos propietarios.

<sup>26</sup> Ley N° 6101 de 7 de noviembre de 1977.

<sup>27</sup> Decreto Ejecutivo N° 26132-H del 8 de junio de 1997, publicado en La Gaceta número 131 del 9 de julio del mismo año.

En cuanto a otros objetos comisados que no sean armas, lo procedente es que los tribunales den aviso al Museo Criminológico, para que en caso de considerarlo apropiado, este les solicite dichos bienes, en atención del contenido del artículo 44.

#### **D. LEY DE DISTRIBUCIÓN DE BIENES CONFISCADOS O CAÍDOS EN COMISO Y SU REGLAMENTO**

La Ley de Distribución de Bienes Confiscados o Caídos en Comiso<sup>26</sup> y su Reglamento<sup>27</sup> establecen la forma en que han de distribuirse los bienes comisados, de los cuales hay que excluir las armas, las cuales continúan reguladas por lo indicado en la Ley Orgánica del OIJ, ya que ni esta ley ni su reglamento nada dicen al respecto.

El artículo 1 de esta ley dispone que los siguientes tipos de bienes caídos en comiso deben ser donados en forma equitativa a centros de educación, de beneficencia o a otras dependencias del Estado que los requieran para la realización de sus fines:

- Las mercaderías, vehículos u otros objetos cuando por sentencia se decreta su confiscación o comiso: Para estos casos, la ley prevé que la donación o entrega será ordenada por resolución de la Proveduría Judicial, libre de derechos e impuestos.
- Semovientes que estén sujetos a un posible comiso: el órgano jurisdiccional

podrá ordenar el depósito judicial o que se proceda a la venta de esos bienes en subasta pública, según las circunstancias.

- Efectos rematados en las aduanas del país y que no fueron adjudicados, así como de mercancías o vehículos caídos en comiso por las autoridades de investigación criminal o de tránsito: La donación o entrega se efectuará por medio del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), en coordinación con las dependencias depositarias de esos bienes.
- El mobiliario, equipo de oficina y otros objetos que no sean ocupados por las instituciones autónomas y semiautónomas: Dichos muebles serán igualmente donados por intermedio de la Proveduría Nacional.

La distribución de estos bienes debe realizarse dándole preferencia a las instituciones que más lo necesiten y a las más lejanas dentro del territorio nacional, sin que en ningún caso el legislador haya establecido cuáles son los parámetros para determinar el orden de prioridades en la recepción de los objetos comisados.

Como complemento de las disposiciones de la Ley 6101, se promulgó el respectivo Reglamento, que otorga competencia al IMAS - a través de una Comisión de Donaciones creada en el artículo 9 de este cuerpo normativo - y a la Proveduría Nacional para que estudien respectivamente las solicitudes que le planteen los centros o instituciones de educación o de beneficencia u otras dependencias del Estado, y para que

aprueben o denieguen la donación de los bienes caídos en comiso.

#### **E. LEY SOBRE ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, DROGAS DE USO NO AUTORIZADO, ACTIVIDADES CONEXAS, LEGITIMACIÓN DE CAPITAL Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO**

La Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo<sup>28</sup> es la que más ha desarrollado el tema del comiso, quizás por una estrategia de política criminal de atacar este tipo de delitos a partir de las ganancias que generan para sus autores.

El artículo 87 señala que si, en sentencia firme, se ordena el comiso a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD) de los bienes muebles e inmuebles, así como de los valores o el dinero en efectivo relacionados con ilícitos tipificados en esta ley, el Instituto podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, dando prioridad a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos.

Cuando se trate de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, el mismo artículo 87 preceptúa que el ICD deberá destinar el 60% al cumplimiento de los

<sup>28</sup> Vid. nota número 11.

programas preventivos - de este porcentaje, al menos la mitad será para los programas de prevención del consumo, tratamiento y rehabilitación que desarrolla el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia -; un 30% a los programas represivos y un 10% al seguimiento y mantenimiento de los bienes comisados. No obstante lo anterior, no se indica en ningún caso cuáles son esos programas preventivos y represivos, y si son de instituciones públicas o privadas.

Según el artículo 88, los bienes percederos pueden ser vendidos por el Instituto, antes de que se dicte sentencia definitiva. Para ello, deberá contarse con un peritaje extendido por la oficina competente del Ministerio de Hacienda. Los montos obtenidos serán distribuidos en el mismo porcentaje indicado en el párrafo que antecede.

Si los bienes comisados están sujetos a inscripción en el Registro Nacional, bastará la orden de la autoridad judicial competente para que la sección respectiva de dicho Registro proceda a la inscripción o el traspaso del bien a favor del ICD. Esto por expresa disposición del artículo 89 de la Ley. Para proceder con la inscripción, inmediatamente después de que la sentencia se encuentre firme, la autoridad competente enviará la orden de inscripción o traspaso, a la cual deberá adjuntársele la respectiva boleta de seguridad, y estará exenta del pago de todos los impuestos de transferencia y propiedad previstos en la Ley de Reajuste Tributario<sup>29</sup>, así como del

pago de los timbres y derechos de traspaso o inscripción.

Una norma totalmente diferente de cuantas he venido analizando se encuentra en el artículo 90, que permite a la autoridad jurisdiccional competente el comiso definitivo si transcurrido un año del decomiso del bien no se puede establecer la identidad del autor o partícipe del hecho o este ha abandonado los bienes de interés económico, los elementos y los medios de transporte utilizados, los cuales pasarán a la orden del ICD.

De idéntica manera, cuando transcurran más de tres meses de finalizado o cerrado el proceso penal sin que quienes puedan alegar interés legítimo sobre los bienes utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará, y el Instituto podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció de la causa.

En otras palabras, estamos en presencia de una figura que podríamos llamar comiso en ausencia o por no apersonamiento, situación que podría vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa, ya que el Estado toma posesión de los bienes sin que su titular sea parte del proceso penal correspondiente, además de que podría presentarse una inconstitucionalidad por ir en contra del precepto de inviolabilidad de la propiedad privada del ordinal 45 constitucional.

## F. LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La Ley contra la Delincuencia Organizada contiene una serie de disposiciones relacionadas con el comiso de bienes que lejos de dar orden y precisión desde el punto de vista sistemático, son reiterativas y la mayoría de ellas innecesarias, por ser prácticamente idénticas unas de otras.

Primeramente, hemos de decir que estas normas son especiales y se aplican únicamente a los procesos en los cuales haya declaratoria de delincuencia organizada a tenor de lo indicado en el artículo 2 de la Ley.

La norma primordial en cuanto a la materia de comiso la ubicamos en el artículo 34, que dice que excepto de lo que se disponga en aplicación de la Ley 8204, ordenado el comiso de bienes muebles o inmuebles por sentencia judicial o por aplicación de dicho artículo, a favor del ICD, este podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la represión del crimen organizado, rematarlos o subastarlos.

Decretado el comiso de bienes muebles como vehículos, buques, naves o aeronaves, se extinguirán todas las obligaciones económicas derivadas de la imposición de multas, anotaciones que consten en el Registro Público que se encuentren prescritas y sanciones por infracciones a las normas de tránsito. Del mismo modo, quedarán exentos del pago del derecho de circulación hasta que se defina su destino.

Respecto de inmuebles, estos quedarán exentos del pago de todo tipo de impuestos, cánones, tasas, cargas, tanto municipales

como territoriales, y de cualquier otra forma de contribución, hasta que se defina su destino.

Cuando se trate de dinero y valores comisados o del producto de bienes invertidos, subastados o rematados y no se esté en un delito de los contemplados en la Ley 8204, el artículo 36 prevé su distribución por parte del ICD en la siguiente proporción:

- 20% al ICD, para gastos de aseguramiento, almacenamiento, seguimiento y mantenimiento de los bienes decomisados y comisados.
- 10% al Poder Judicial, para el mantenimiento y la actualización del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones.
- 10% al Ministerio Público, para la Oficina de Atención a la Víctima de Delito y el combate del crimen organizado.
- 50% al OIJ, para la atención, el mantenimiento y actualización de la Plataforma de Información Policial, así como para la investigación de delitos y la protección de personas.
- 10% al Ministerio de Seguridad Pública y Gobernación, para cubrir las necesidades de los cuerpos policiales que lo integren.

Tal y como sucede en materia de delitos relacionados con la Ley 8204, el artículo 37 de la Ley reza que si los bienes comisados están sujetos a inscripción registral, bastará la orden de la autoridad judicial competente para que la sección respectiva de dicho Registro proceda a la inscripción o el traspaso del bien a favor del ICD, el cual contará con exención de pago de todos los impuestos de transferencia y propiedad, timbres y derechos de traspaso o inscripción.

<sup>29</sup> Ley N° 7088 del 30 de noviembre de 1987.

Se encuentra también una disposición especial en esta Ley relativa a la criminalidad organizada en relación con delitos sexuales contra personas menores de edad. En ese sentido, el artículo 48 reproduce de forma casi literal el artículo 37, con la diferencia de que los traspasos o inscripciones deben realizarse a favor del Patronato Nacional de la Infancia (PANI).

Por su parte, el artículo 49 igualmente contempla la figura del comiso en ausencia o por no apersonamiento al proceso en relación con delitos sexuales en perjuicio de menores de edad, copiando casi en su totalidad el numeral 90 de la Ley 8204, con la única diferencia que en este caso los bienes pasan a integrar el patrimonio del PANI.

Para cerrar, la Ley 8754 también autoriza en su artículo 31 la venta, remate o subasta de bienes que puedan deteriorarse o dañarse o que sean de costoso mantenimiento antes de la sentencia firme. El dinero que genere esta disposición de bienes debe ser depositado en las cuentas del ICD hasta la finalización del proceso.

El ICD podrá realizar inversiones con los dineros que genere la enajenación bajo cualquier figura ofrecida por los bancos estatales, y los intereses generados por las inversiones podrán ser reinvertidos en condiciones semejantes o utilizados en el desarrollo de políticas, planes y estrategias contra la criminalidad organizada. La distribución de los rendimientos generados por las inversiones se realizará de conformidad con el artículo 36.

La interrogante que se puede hacer a la luz de estas normas y las de la Ley 8204 es qué sucede si el titular de los bienes que ya fueron subastados es absuelto en sentencia o si se llega a demostrar que le pertenecían a un tercero. ¿Tendrán derecho a que se le entregue el producto de esa venta anticipada? La respuesta es afirmativa a todas luces.

### **G. REGLAMENTO GENERAL SOBRE LEGISLACIÓN CONTRA EL NARCOTRÁFICO, ACTIVIDADES CONEXAS, LEGITIMACIÓN DE CAPITALS, FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO Y DELINCUENCIA ORGANIZADA**

El Reglamento General sobre Legislación contra el Narcotráfico, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Delincuencia Organizada<sup>30</sup> distingue claramente entre bienes decomisados y bienes comisados, y ordena que los primeros deben ser entregados mediante depósito judicial al ICD por parte de las autoridades jurisdiccionales penales. Se procederá de la misma manera con los dineros decomisados. Debe ser acotado en este punto que los bienes y dineros que se mencionan en el Reglamento han de provenir de infracciones a las leyes 8204 y 8754 únicamente.

Los artículos 71 y 72 del Reglamento establecen los requisitos para la devolución de dineros y bienes decomisados, y también está previsto el préstamo de estos bienes depositados judicialmente a instituciones beneficiarias.

Si bien el Reglamento no establece si estas instituciones deben ser públicas o privadas, una interpretación sistemática permite llegar a la conclusión de que el artículo 79 establece que cuando los bienes facilitados en calidad de préstamo sean sustraídos, desmejoren, o varíen su naturaleza, parcial o totalmente, la institución beneficiaria deberá resarcirle al ICD la suma que corresponda por concepto de daños (salvo el deterioro normal o menoscabo que sufran los bienes por el uso normal o transcurso del tiempo) o le entregará otro bien de las mismas características y condiciones, sin perjuicio de la responsabilidad interna que se establezca, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 203 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. Al hablar de la Ley General de la Administración Pública, es claro que el régimen de responsabilidad interna al que se está haciendo referencia es de instituciones públicas.

Al indicar las normas reseñadas que se trata de una entrega en carácter de depósito judicial, las instituciones no pueden disponer libremente de ellos. En ese sentido, se tiene demarcado el régimen de responsabilidades y obligaciones, sin perder de vista que en caso de una sentencia absolutoria, para efectos de los propietarios de esos bienes, el ICD es la entidad encargada responsable del manejo y custodia, por lo que el ICD deberá restituir los bienes y dineros a sus titulares y en caso de daños más allá de los normales, los interesados deberán formular un reclamo

en sede administrativa y eventualmente en sede contenciosa administrativa para obtener la respectiva indemnización.

### **H. DERECHOS DE TERCEROS SOBRE LOS BIENES SUJETOS A COMISO**

Un elemento que no puede dejar de analizarse en relación con el comiso es su aplicación a instrumentos que no le pertenecen al sujeto responsable de la comisión de un hecho punible.

A partir del sentido literal del artículo 110 del Código Penal, encontramos que el comiso debe aplicarse imperativamente aún cuando no medie solicitud de la parte ofendida, del querellante, del actor civil o del propio Ministerio Público, a los instrumentos o efectos de un delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.

Esta **última** excepción lleva igualmente a razonar que los *instrumenta* o *producta scaeleris* deben pertenecer al condenado para que puedan ser comisados, ya que de haber personas con derecho sobre esos bienes, el Estado no podría hacerlos de su propiedad.

La anterior es otro de los argumentos por los cuales no podría considerarse el comiso como una consecuencia civil del delito, pues de serlo, un tercero no imputado bien podría tener que responder solidariamente con el autor, cosa que no sucede en este supuesto de conformidad con el texto legal.

El artículo 29 de la Ley contra la Delincuencia Organizada contiene del mismo modo una disposición acerca de la aplicación del

<sup>30</sup> Decreto Ejecutivo N° 36948-MP-SP-JP-H-S del 8 de diciembre del 2011.

decomiso – que pasaría a ser comiso en caso de sentencia condenatoria o falta de gestión oportuna de devolución – sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Precisamente, para determinar el alcance del término “terceros de buena fe”, deberíamos tomar en cuenta lo establecido en el artículo 53 de esa misma ley, por contener reglas bastante adecuadas para determinar esa condición, previa acreditación de alguna de las siguientes hipótesis:

- a) El reclamante tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos.
- b) Al reclamante no puede imputársele autoría de ningún tipo ni participación en un delito de tráfico ilícito o delitos conexos objeto del proceso.
- c) El reclamante desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente.
- d) El reclamante no adquirió derecho alguno sobre los bienes, productos o instrumentos de la persona procesada, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar el posible decomiso y comiso.
- e) El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos.

El artículo prevé la entrega cuando se cumpla alguna de las anteriores previsiones legales, no todas ellas. Esto es ventajoso para el reclamante, pues bastará acreditar una sola de las circunstancias para que le sean devueltos los bienes o dineros. Pese a ello, se percibe una posición en la cual el

reclamante debe probar hechos negativos, como sería desconocer el uso ilegal de los bienes o no haber consentido en su uso ilegal, o bien, que no adquirió derecho sobre esos bienes debiendo haber contemplado, al menos como posible, que le hubieran sido transmitidos para evitar el comiso.

La misma norma agrega que cuando un bien haya sido decomisado a una persona que resulta inocente del delito que se le imputa, tendrá derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, entendiendo por estos el no uso del bien, sus frutos, su deterioro o su valor, si ha perecido. El reclamo de esta indemnización podrá realizarse mediante el proceso abreviado establecido en el Código Procesal Civil.

He aquí una nueva situación que puede generar contratiempos a los reclamantes: si la institución a la que se le reclaman los daños y perjuicios es al ICD, entonces el procedimiento abreviado del Código Procesal Civil jamás podrá ser la vía para plantear ese reclamo, pues deberá acudir a un proceso contencioso cuyas normas se encuentran en el Código Procesal Contencioso Administrativo, con una configuración totalmente distinta a la del abreviado civil.

## CONCLUSIONES

A partir de la exposición que se ha hecho en los párrafos precedentes, podemos concluir que el comiso es un tema apto para generar material de estudio tanto a nivel académico como propiamente jurisprudencial.

Pese a que a nivel de pronunciamientos de los tribunales y en el Código Penal se habla de una consecuencia civil del delito, es claro que la naturaleza del comiso es la de una

consecuencia accesoria, con fundamento y finalidad distintos a la de la sanción y la reparación del daño causado.

Asimismo, a pesar de que el comiso puede presentar algún grado de similitud con otras figuras como el secuestro, la incautación o el embargo, en ningún caso podemos equipararlos. Cada una de estas figuras presenta particularidades que la hacen diferir de nuestro objeto de estudio.

El comiso requiere, entre otras cosas, el dictado de una sentencia condenatoria y la titularidad de los bienes y productos del delito en manos del propio condenado, aunque la legislación más reciente en materia de tráfico de drogas, blanqueo de capitales y delincuencia organizada permite que se aplique a bienes no reclamados oportunamente y sin que sea requisito una sentencia, lo cual puede reñir con el debido proceso y el principio de defensa. En cualquier caso, deben respetarse los derechos de terceros sobre esos bienes.

Finalmente, la gran cantidad de leyes y decretos que tratan el comiso puede atentar contra la seguridad jurídica y producir problemas desde el punto de vista interpretativo. De lege ferenda, se debería procurar unificar las reglas vigentes con el fin de que sean uniformes, independientemente de cuál sea el delito cometido que produce su aplicación.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

ABDELNOUR, R. (1984). *La Responsabilidad Civil Derivada del Hecho Punible*. San José: Editorial Juricentro.

CREUS, C. (1992). *Derecho Penal. Parte General*. (3era Ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

GRACIA, L. (coord.) (2006). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

HERNÁNDEZ, R. (1998). *Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada y Concordada*. San José: Editorial Juricentro.

JESCHECK, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (4ta Ed.). Granada: Editorial Comares, cuarta edición, 1993.

MIR, S. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. (5ta Ed.). Barcelona: Reppertor.

ZAFFARONI, E. (1988). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo V*. Buenos Aires: Ediar.

### Leyes:

Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970.

Ley N° 4981 del 8 de noviembre de 1971.

Ley N° 5524 del 7 de mayo de 1974.

Ley N° 6101 de 7 de noviembre de 1977.

Ley N° 7088 del 30 de noviembre de 1987.

Ley N° 7198 del 25 de setiembre de 1990.

Ley N° 7410 del 26 de mayo de 1994.

Ley N° 7530 del 10 de julio de 1995.

Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996.

Ley N° 8000 del 5 de mayo de 2000.

Ley N° 8204 de 26 de diciembre de 2001.

Ley N° 8754 del 22 de julio del 2009.

#### Decretos Ejecutivos:

Decreto Ejecutivo N° 26132-H del 8 de junio de 1997.

Decreto Ejecutivo N° 36948-MP-SP-JP-H-S del 8 de diciembre del 2011.

#### Circulares:

Circular de la Fiscalía General de la República número 09 ADM 2010 de marzo del 2010.

Circular de la Fiscalía General de la República número 38-99 del 29 de octubre de 1999.

#### Oficios:

Oficio 25-99 del 17 de mayo de 1999 emitido por la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia.

#### Sentencias:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2001-9376 de las 14:38 horas del 19 de setiembre del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2001-9384 de las 14:46 horas del 19 de setiembre del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2001-12213 del 28 de noviembre del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2010-8296 de las 14:44 horas del 5 de mayo del 2010.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 505-99 de las 10:00 horas del 30 de abril de 1999.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 780-2000 de las 10:20 horas del 7 de julio de 2000.

Tribunal de Apelación de Sentencia del III Circuito Judicial de Alajuela, sentencia número 2012-62 de las 16:20 horas del 6 de febrero del 2012.

## LA FUNDACIÓN O WAQF EN EL DERECHO ISLÁMICO

**Lic. Carlos German Pantoja Murillo<sup>1\*</sup>**

*“Todas las categorías del derecho fundadas sobre costumbres cambian si las costumbres sobre las que están fundadas cambian”.*

*Al Qarafi  
(Jurista egipcio del siglo XIV)*

### SUMARIO

**I.-Introducción. II.- Concepto. III. Contexto histórico. IV.- Las características de la fundación islámica o Waqf. V.- A modo de corolario: Finalidad declarada y práctica social. VI.- Referencias bibliográficas.**

#### ***I. Introducción.***

Como parte de un proyecto de investigación legislativa sobre las fundaciones que comencé a escribir en 2006 me dediqué a la tarea de elaborar una sección sobre las fundaciones en el derecho islámico. La ausencia de trabajos en nuestro medio sobre las fundaciones en general se hizo más notoria cuando se trataba de buscar fuentes sobre esta temática en particular.

Suspendido el proyecto por razones laborales, en 2011 reinicié el trabajo, llegando pronto a la conclusión de que el abordaje del

*Waqf* tendría que ser asumido como un tema individualizado. Su complejidad demandaba un tratamiento especial que consumió muchos meses de pesquisa y redacción. El resultado, expuesto en las siguientes páginas, pretende aproximar al lector no familiarizado con el derecho islámico al *Waqf* y, junto con él, a un conjunto de conceptos y procesos históricos que lo contextualizan y ayudan a otorgarle el perfil alcanzado a través de más de un milenio de evolución.

Para facilitar su comprensión, el texto cuenta con abundantes definiciones. Si bien ello puede resultar un tanto fatigoso para el lector iniciado en la materia, parece imprescindible para quienes hacen sus primeras aproximaciones. Además, reproducimos algunos relatos de tratadistas especializados en el derecho islámico que muestran su relación con otros institutos de tradiciones jurídicas distintas con los que se relaciona y con los que guarda una relación de influencia recíproca.

<sup>1</sup> \*Abogado por la Universidad de Brasilia. Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Ocupó cargos diplomáticos y consulares en Brasil y en México. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

En primer lugar veremos la parte conceptual que nos permitirá individualizar los elementos que podemos identificar y que permiten utilizar institutos occidentales para encuadrar los contenidos del *Waqf* dentro de referentes que nos son familiares.

De seguido realizaremos un recorrido por la historia del islam dentro de la cual la fundación islámica se gestó y evolucionó según la doctrina jurídica y las realidades políticas y sociales.

Como fruto de ese proceso, nos aproximaremos al *Waqf* para esbozar sus características y concluir con un recuento y la indicación de las principales fuentes consultadas. No sobra advertir que en las distintas fuentes la grafía con la que se traducen los nombres árabes varía de manera notable. La forma en la que transcribimos los términos ha sido, en todos los casos, la que visto el conjunto de fuentes disponibles, resultaba más usual.

En 1915 daba cuenta Ferrara<sup>2</sup> sobre el “riquísimo desarrollo de las fundaciones autónomas que tenemos en los derechos orientales, especialmente en el derecho islámico, en el que una doctrina extraordinariamente progresiva discute con fino análisis las más delicadas cuestiones”. De hecho, otro autor, hace menos de una década, ha llegado a decir que “no es una exageración afirmar que el *Waqf* o dotación piadosa, creada a perpetuidad ha provisto la fundación de mucho de lo que es considerado la *civilización islámica*.”<sup>3</sup>

2 Véase Ferrara, Francesco. **Teoría de las Personas Jurídicas**. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006. Pág. 36.

3 Vid. Hennigan, Peter C. **Studies in Islamic Law and Society. Vol. 18°. The birth of the legal institution. The formation of the waqf in third Century A.H. Hanafi Legal Discourse**. Netherlands, Brill, 2004. Pág. XIII.

Colocado el tema de este modo, nos ocupemos de los *Awaqf* voz técnica del derecho musulmán que designa el plural del acto jurídico por medio del cual algunas cosas son excluidas del comercio con el objeto de aplicar su uso o sus rendimientos a fines determinados o en beneficio de determinadas personas. El uso lingüístico es responsable de la extensión del mismo término también a las cosas o bienes sobre los cuales el propietario renuncia al poder de disposición, con la prescripción de que sus utilidades sean dedicadas al fin establecido por él.

## II. Concepto.

En la práctica, el *Waqf* nos presenta una mezcla de institutos jurídicos. Comienza por constituir una especie de donación, lo que implica una renuncia sobre la titularidad del bien por parte del propietario, que deriva en un usufructo a favor de personas o de instituciones, generalmente bajo la administración de un ejecutor de la voluntad de quien instituyó, no directamente de los beneficiarios. En el derecho inglés se le considera más próximo del concepto de fideicomiso. En todo caso debemos recordar que tratándose de una institución que cuenta con perfiles propios dentro de su sistema jurídico, las comparaciones o asimilaciones tienen cierto grado de vaguedad ya que resulta imposible hacer un encuadramiento exacto de una tradición cultural a otra.

Atendiendo a las fuentes árabes, es posible obtener una aproximación al entendimiento

de *Waqf* buscando en su finalidad específica el criterio para lograr una buena definición como la siguiente: la institución consiste en “inmovilizar (*waqafa*) el capital (*raqaba*) de un bien (*mal*) destinando su rendimiento (*mafa'a*) a beneficiarios, para satisfacer una finalidad piadosa (*qurba*)”.<sup>4</sup> De hecho, la palabra significa confinamiento y prohibición o la idea de inmovilizar una cosa, lo que automáticamente podemos asociar con ese contenido de dejar fuera del comercio un bien para, con sus frutos o uso, atender una finalidad fijada por el fundador.

La intención piadosa de la finalidad a la que debe destinarse el uso o los rendimientos de tales bienes debe ser interpretada en sentido lato como una preocupación por acercarse a Dios o ser grato a Dios (*qurba*), lo que

no se concreta necesaria y directamente en un matiz religioso o altruista del fin. De aquí que llegaran a distinguirse dos clases de *Waqf*, el *waqfjayrl* y el *waqfahillo Qhurrl*, el primero de carácter específicamente religioso o beneficioso para la comunidad y el segundo dirigido a favorecer a los hijos u otros parientes de quien lo constituye o incluso al propio constituyente, noción que se conecta con cierta utilización de la fundación en occidente como forma de asignación de legado durante los siglos XVIII y XIX principalmente.<sup>5</sup> En este sentido es esclarecedora la expresión utilizada por García de Enterría que habla de “Patronos de Sangre” que son los patronos de la familia del fundador que se apropiaban no solo del patronato o administración sino también de los beneficios fundacionales por vía de

4 Cfr. D'Emilia, Antonio. **Diritto islamico: le civiltà dell'Oriente**. Roma, 1958, p. 515, cit. por A. BILETTA, s.v. “Wakf”, en *Novissimo Digesto Italiano. Tomo 20, Torino, 1975*. Pág. 1076.

5 Con profundas raíces en el derecho romano. Recuérdese, como lo hace Iglesias, Juan. (**Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado**. Barcelona, Ariel, 1972. Pág.681 y sgtes.) que “el legado es una disposición *mortis causa*, contenida en testamento –o en codicilo confirmado, que es *pars testamenti*- sobre bienes concretos y con cargo al heredero.” El derecho clásico conoce cuatro tipos de legados. En particular pueden reconocerse rasgos de la fundación española de los siglos XVIII y XIX en el *legatum per damnationem* o “legado de obligación” que atribuye al legatario un derecho de crédito. Este legado puede recaer sobre una cosa cierta, y en los orígenes sobre una *certa pecunia*, o sobre *un incertum*. En la época clásica otorga un derecho creditual, siendo éste susceptible del más variado contenido, donde cabe incluir la legación de lo que no existe todavía, si se espera que exista; como por ejemplo los frutos que ha de producir un fundo. Lo que se confiere al legatario es un derecho de crédito, por virtud del cual puede pretender un dare o un facere, y para ello está asistido por una acción *in personam*, la *actio ex testamento*. Sin que podamos establecer un paralelismo absoluto, se reconoce en la figura fundacional tres sujetos que coinciden con los de esta modalidad de legado. Tenemos al fundador que, como el difunto, dispone la institución. Luego esta el beneficiado particular cuya figura se asemeja al legatario y, en medio está la figura del gravado o persona a quien toca satisfacerlo en el caso de la fundación al patronato o gestor y en el legado al heredero. Igualmente encontramos en la naturaleza de la obligación una notoria semejanza. Podemos agregar comentarios de otros autores sobre los legados per damnationem como Petit, Eugene. (**Tratado Elemental de Derecho Romano**. (Trad. De la 9ª ed. francesa por José Ferrandez González) Argentina, Editorial Albatros, 1978, pág.734-735) que resalta que “Poco importaba que fuese o no fuese propietario, el legado no era por eso menos válido. Si había legado su propia cosa o la del heredero, el legatario podía forzar al heredero a transferirle la propiedad según los modos ordinarios. Si el testado había legado cosa de otro, el heredero la adquiriría para transferir la propiedad al legatario, o pagarle la estimación cuando el propietario no quería consentir en cederla” En el mismo sentido véase a Bonfante, Pietro. (**Instituciones de Derecho Romano**. 2ª ed. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959, pág.630-631) quien señala que estos encargos tomaron el nombre de *legata* palabra que verosíblemente se deriva de *legare* en el sentido de dar un encargo o mandato, puesto que eran verdaderos encargos confiados al heredero. Por su parte, Sohm, Rudolph (**Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema**. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-Colegio de Abogados de México. México, 2006. Pág.351) indica que “El legatario adquiere tan sólo un derecho de crédito –el derecho a reclamar el dare o el facere contra el heredero, pero no la propiedad inmediata. El legado damnatorio permite, además, disponer, no solo de las cosas propias del testador, sino también de cosas ajenas, en cuyo caso el heredero viene obligado a adquirir la cosa legada o entregar su valor. Es, pues, en lo que a su validez se refiere, la forma más segura de legado, y por consiguiente, la mejor”.

asignación como beneficiarios, mediante el cobro de su gestión como patronos de la fundación y, en fin, de la perpetuación de las “manos muertas”.<sup>6</sup>

Para Coulson se trata de una donación de un bien tras la cual la posesión del bien se “inmoviliza” y el disfrute del usufructo de este bien es jurídicamente considerado como un acto caritativo,<sup>7</sup> mientras que López piensa

que se trata de bienes que en una u otra forma se sustraen a la libre circulación de la riqueza, con el objeto de aplicar su uso o sus frutos a determinados fines o en beneficio de determinadas personas.<sup>8</sup> Por su parte Estevez señala que:

“expresa la acción de repulsa o de retener la reclamación de un derecho de propiedad sobre un inmueble. Tipifica perfectamente el

6 Cfr. García de Enterría, Eduardo. **Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil**. In Revista de Administración Pública, Nº 122, Mayo-Agosto 1990. p. 239-240. Si bien debemos aclarar que las menciones de este autor van dirigidas a criticar la legislación que reaccionó contra este estado de cosas y que llegó incluso a prohibir la constitución de nuevas fundaciones. En el mismo sentido nos comenta Coulson la justificación de la ley Egipcia sobre waqf de 1946 indicando que, como justificación de la ley que imponía una limitación temporal, de sesenta años, sobre el usufructo, “los economistas condenaban la inmovilización a perpetuidad de vastas extensiones de propiedades rurales que, excluidas del mercado, representaban bienes de manos muertas”. Vid Coulson, Noel J. **Historia del Derecho Islámico**. Bellaterra, Barcelona, 1998. p.207.

7 Coulson, op. cit., supra nota 5, p. 240. Relata este autor que “En el célebre proceso Abu Fata contra Russomay (1894) el Tribunal Supremo Indio declaró nulo un waqf cuya renta debía ir a la descendencia de los constituyentes, generación tras generación, hasta su extinción y luego a las viudas, a los huérfanos, a los mendigos y a los pobres. Durante la apelación los magistrados del Consejo Privado mantuvieron la decisión de invalidación basándose en el muy conocido principio inglés de equidad, según el cual la donación final a los pobres resultaba tan lejana como ilusoria. Los pobres, se dijo, habían sido mencionados en la donación “solamente para dar un color de piedad y así legalizar disposiciones que apuntaban al engrandecimiento de una familia”. No se trata pues, en absoluto, de una fundación piadosa, por lo cual el waqf debía ser invalidado.

Las nociones inglesa e islámica de caridad son, en este contexto, radicalmente diferentes. La preocupación de “acercarse a Dios” (*qurba*) constituye la esencia del *Waqf* y se considera, por conceso de los juristas musulmanes, que tal aproximación recide en el acto mismo del constituyente de abandonar su derecho de propietario sobre su posesión. Una vez inmovilizada de este modo la propiedad del bien (puesto que, según el derecho hanafí, esta pertenece a Dios), la Sharia no se ocupa ya de verificar si la renta o usufructo de la propiedad está consagrada o no a un fin “caritativo”. Según la opinión unánime de todas las escuelas de la Sharia, los miembros de la propia familia del constituyente podrán ser legalmente designados como beneficiarios; además, desde el punto de vista del jurista Abu Yusuf, que había sido aplicado anteriormente en la India, el constituyente podía reservarse para sí mismo el derecho exclusivo de la renta del *Waqf* durante toda su vida. Numerosos juristas, en efecto, eran de la opinión de que no era necesaria ninguna mención específica de beneficiarios últimos como los pobres o los enfermos para que el *Waqf* fuera válido; aquellos que exigían tal disposición buscaban solamente asegurarse de esta manera la naturaleza permanente del contrato e impedir que las instituciones “caritativas” de este tipo constituyeran, de un modo o de otro, un objeto más válido para un *Waqf* que su utilización por parte de la propia familia del constituyente.

Tal influencia no fue aceptada por la comunidad musulmana de la India, y el cuerpo legislativo finalmente desautorizó al Consejo Privado con la ley de validación del *Waqf* musulmán de 1913 que restablecía la doctrina *hanafí* respecto al *Waqf* familiar.

Los tribunales británicos que aplicaban el derecho islámico en Adén, en Zanzibar y en Kenia continuaron considerando la decisión del Consejo Privado en el caso de Abu Fata como de obligado cumplimiento, lo que provocó a su vez la promulgación de una legislación modelada según el Acta de Validación del *Waqf* en cada uno de estos territorios.” págs. 179-180. Esta diferencia de perspectiva, propia de una situación de convivencia multicultural debe impregnar la aproximación a los *Awaqf* y en general a todo el derecho islámico. Sin embargo, resulta fácil caer en la actitud de los tribunales británicos pues instintivamente tendemos a ver la realidad a partir de lo que consideramos natural, normal o usual, que es la óptica que nos impregna desde nuestro entorno. Por ello, es necesario vigilar nuestro “enfoque instintivo” para disminuir las desviaciones analíticas producto de supuestos que no se corresponden con la realidad estudiada. Este mismo asunto se encuentra relatado por Schacht, Joseph. Véase su **An Introduction of Islamic Law**. New York, Oxford University Press, 1982, pág. 96-97.

8 López Ortíz, P. José. **Derecho Musulmán**. Barcelona, Editorial Labor, 1932. pág. 133.

antónimo de tamlik, esto es apropiación, ya que los bienes sobre los que se constituye el waqf permanecen fuera del comercio inmobiliario y también del ejercicio de la autoridad pública sobre los mismos”.<sup>9</sup>

El *Waqf* puede entonces entenderse como “una donación del usufructo de una cosa, por un término de duración igual al de la cosa, permaneciendo la nuda propiedad en cabeza del donante, en forma real durante su vida y ficticiamente después de su muerte”. Conforme a esta definición, tenemos que destacar la consecuencia de la afectación del patrimonio y sus rendimientos con carácter perpetuo.<sup>10</sup>

### III. Contexto histórico.

El *Waqf*, en la ley islámica, se desarrolló en el mundo islámico medieval entre los siglos VII al IX de nuestra era. La primera referencia escrita procede de los tratados de *fiqh*<sup>11</sup> de comienzos del siglo III de la Hégira.<sup>12</sup> Existe acuerdo sobre la inexistencia del *Waqf* en el tiempo anterior al Islam. Se supone que el *Waqf* fue formándose tras la muerte de Mahoma a lo largo del primer siglo de la Hégira y llegó a su pleno desarrollo en el siglo siguiente. Por la naturaleza de la materia sobre la que trata, se ha considerado que forma parte del derecho de familia sobre el que hasta la entrada del siglo veinte siempre

9 Cfr. Estevez Brasa, Teresa M. **Derecho Civil Musulmán. Precedido de una introducción al Advenimiento del Islam**. Buenos Aires, Depalma, 1981. pág. 267.

10 La regla estricta de la inalienabilidad de la propiedad de tierras constituida en donación *Waqf*, resultaba incómoda en la práctica cuando no existían fondos suficientes para el mantenimiento o la explotación correctos de la propiedad. En Marruecos, la jurisprudencia resolvió la dificultad reconociendo la validez de la “venta al aire” (*bay al-hawa*) sobre la propiedad en cuestión. Aunque no hubiera comprado la propiedad misma, el comprador –y los beneficiarios ulteriores de dichas superficies – podían de hecho disfrutar de la propiedad y mejorarla con garantías. Vid. Coulson, op. cit. supra nota 5, pág.150.

11 Entre las ciencias religiosas es el *Fiqh* –término que originariamente significa comprensión o inteligencia y que se refiere a todas las ramas del saber- la que estudia la ley islámica, la Sharia es el conocimiento por excelencia. Por sus reglas y normas han de regirse todos los actos de los creyentes individual y colectivamente.

El Derecho islámico, el *Fiqh*, se fundamenta en unas bases sagradas y, por ello, inamovibles. Sus fuentes tanto las reveladas (Corán y *Sunnah*) como las racionales (*qiyas, ijma, raay* y otras) son de carácter religioso, si bien en las segundas confluyen en armonía la fe y la razón. Sus tratados son compilaciones de jurisprudencia. Vid. Arcas Campoy, María. **Consideraciones sobre algunos aspectos científicos de los tratados de fiqh Maliki**. In Leder, Stefan. et. al. **Orientalia Lovniensia Analecta. Studies in Arabic and Islam**. Peeters Publishers, Belgium, 2002. Pág. 447. Existen, sin embargo, referencias a los *Awaqf* en un período anterior. Se cita que “El juez Tawba ibn Namir en Egipto, instituyó un registro de fundaciones benéficas o donaciones religiosas en el año 736” (Vid. Coulson, op. cit. nota 5, pag.42)

12 Hégira o hégira según el Diccionario de la lengua española Espasa-Calpe (2005) es la “era musulmana que se cuenta desde el 15 de julio del año 622 d. C., día de la huida de Mahoma de La Meca a Medina”. Para esta época, siglo IX, la institución ya se había perfilado según los rasgos que detallaremos. Vid. In totum Hennigan, Peter C. op. cit. supra nota 2. Otro autor resalta sobre este período que: “*L'Islam, realtà religiosa e politica che vide il proprio affermarsi a partire dal VII secolo, durante il secolo seguente vide il proprio espandersi in modo a dir poco prodigioso: alla fine dell'VIII ed inizi del IX l'equilibrio politico del vicino e medio oriente era stato totalmente stravolto: dall'Egitto all'Indo e dalla Turchia alla Spagna, l'Islam dominava culturalmente e materialmente*”. (El Islam, realidad religiosa y política que vio su aparición en el siglo VII, durante el siglo siguiente se produjo su difusión de manera prodigiosa: a finales de los siglos octavo e inicio del noveno el equilibrio político del cercano y Medio Oriente estaba totalmente trastornado: desde Egipto hasta el Indo y desde Turquía a España, el Islam dominaba cultural y materialmente) Véase Agosti, Guido. **Alcuni brevi cenni sulla dottrina canonistica medievale riguardo ai musulmani**. In IURA ORIENTALIA VII (2011), pág. 10.

se aplicó la Sharía,<sup>13</sup> pues las instituciones relativas al estado personal (es decir, el matrimonio, el divorcio y las relaciones familiares), herencia y *Wakf*, siempre han sido, en la conciencia de los musulmanes, más vinculado con la religión de otros asuntos legales, y por lo tanto gobernado por la ley islámica en general. Así, la ley islámica ha continuado, en algunos aspectos, siendo aplicada a los musulmanes, particularmente en materia de status personal, legados y *Wakf*, todo esto por tribunales seculares. En Grecia, el derecho Islámico también ha seguido siendo aplicado a los musulmanes en materia de status personal, la herencia y el *Wakf* en los territorios cedidos por el Imperio Otomano en 1913.

Sólo en la primera mitad del siglo XX ha sido preparado el terreno para la legislación de los gobiernos islámicos en la ley de la familia, de la herencia y de *Wakf*, los sujetos que tienen siempre forman parte del dominio central de la *Sharia*. Esta injerencia legislativa en la

parte central de la ley islámica (en oposición a la restricción silenciosa o explícita de su ámbito de aplicación por la costumbre o por la legislación) presupone la recepción de las ideas políticas occidentales. Mientras que un gobernante musulmán tradicional debe, por definición, ser el siervo de la ley sagrada del Islam, un gobierno moderno, y en particular un parlamento, con la idea de soberanía detrás de él, puede constituirse en su amo. El poder legislativo no se encuentra más contenido, con lo que la *Sharia* está dispuesta a dejar que oficialmente o de hecho.

En opinión de Schacht<sup>14</sup> el *Waqf* tiene una de sus raíces en las contribuciones a la guerra santa que Mahoma había exigido sin cesar de sus seguidores en Medina, otra en las fundaciones pías (*causae piae*) de las Iglesias Orientales, una tercera en las organizaciones de caridad y beneficencia públicas de los primeros musulmanes, y una cuarta, que vino más tarde, en la necesidad de la nueva sociedad islámica para contrarrestar algunos de los efectos

13 La primera noción de ley, en la teoría islámica clásica, es la voluntad revelada por Dios, un sistema divino ordenado que precede al estado musulmán. Puede, entonces, carecerse de una noción de la ley en sí misma que evolucione como un fenómeno histórico. Las instituciones relativas al estado personal (es decir, el matrimonio, el divorcio y las relaciones familiares), herencia y *wakf*, siempre han sido, en la conciencia de los musulmanes, más vinculadas con la religión de otros asuntos legales, y por lo tanto gobernadas por la ley islámica en general, la *Sharia*. De manera tal que el derecho de familia, ha sido siempre el bastión de la *Sharia*. La recepción de las leyes laicas occidentales en otros dominios engendró una aguda dicotomía entre dos sistemas; este hecho condujo a que se otorgase una importancia cada vez mayor a la significación religiosa e islámica de la *Sharia* y a un reforzamiento de su influencia en los asuntos que permanecían bajo su influencia.

Además, la tradición jurídica islámica había reconocido siempre el derecho del soberano, a través de su jurisdicción denominada *mazalim*, (literalmente quejas) de completar la estricta doctrina de la *Sharia* en los dominios del derecho público y del derecho civil general.

Esta es la base de la *Sharia*. Constituye un compendio normativo detallado de la conducta esperada, en el que se incluyen también las regulaciones sobre los modos del culto, criterios morales y cotidianos, lo prohibido y lo permitido, en fin, ofrece los parámetros para distinguir lo bueno de lo malo. En occidente se la identifica como ley musulmana o ley islámica. Su identificación con la religión es matizable pues, aunque está en el Islam, no es un dogma ni algo indiscutible como puede serlo el texto del Corán, verdad revelada, sino que es objeto de interpretación. La *Sharia*, palabra, puramente árabe, tiene el significado de "camino que conduce a la paz", y en sentido figurado "camino recto revelado por Dios. Vid. Coulson op. cit. pág.10 y 170; Bucci, Onorato. **Le radici storiche della SHARIFA islamica**. In Rev. IURA ORIENTALIA Volumen VI, Italia, 2010, pág. 235; Schacht, Joseph. **An Introduction of Islamic Law**. New York, Oxford University Press, 1982. pág. 76 y 106-107

14 Schacht, J. Ibidem, pág.19.

de su derecho de herencia. Otras tradiciones contribuyen a la incertidumbre sobre su origen atribuyéndolo directamente al profeta Mahoma que aconsejó a Omar sobre la inmovilización de unas tierras que debían consagrarse a Dios y algunos confunden la figura con la existencia de tierras tributarias, también atribuidas a Omar, siguiendo una revelación.<sup>15</sup>

En una de las principales obras de Max Weber, se señala el posible enlace entre el *Waqf* del

derecho islámico y las fundaciones piadosas del derecho romano-bizantino, un nexo, al menos, de analogía en los propósitos, pero quizás también de derivación del primero respecto de las segundas.<sup>16</sup>

En época preislámica los árabes poseían un derecho esencialmente consuetudinario, algunas de cuyas instituciones fueron consagradas por el Islam. Sin embargo, en su mayoría, las reformas jurídicas realizadas

15 Estevez. op. cit. pág. 248. En el mismo sentido López (op. cit. pág.133) dice: "Atribuye la tradición el origen del Habus al Profeta mismo, que abría aconsejado a Omar el inmovilizar en esta forma un predio que el futuro califa quería consagrar al Señor."

16 Cfr. Weber, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. 17ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, quién nos dice en otro pasaje que: "(...) el aseguramiento de rentas perpetuas para la propia familia disfrazábase en Bizancio bajo la forma de fundaciones de conventos con la reserva de la administración y el derecho a utilidades. Las fundaciones de este tipo pasaron luego a los wakufs del derecho islámico, instituciones que, como es bien sabido, desempeñaron en el Islam un papel importantísimo, incluso desde el punto de vista económico". Según Weber, pág. 835 (recogiendo la opinión de C.H. Becker): "la inmovilización sumamente persistente de la propiedad acumulada en forma de sumisión al wakuf. (...) ha tenido una gran importancia para el desarrollo económico de Oriente. (A través de España se introdujo luego en Alemania, hacia el siglo XVII, la institución del 'fideicomiso' profano, que constituía probablemente una imitación secularizada del wakuf)".

Sin embargo, existen autores que niegan de manera muy enfática esta posible relación. Entre los exponentes de esta posición destacamos a A.-R. Hassam. **Le Droit musulman et le Droit romain**, en *Archives d'Histoire du Droit Oriental* (1949) pp. 301-321 (con observaciones de M.J. Wigmore, pp. 317-321). La conclusión de Hassam, expresada con sus propias palabras, no puede ser más enérgica: "la prétendue influence exercée par le droit romain sur le droit musulman ne saurait être aisément conçue ni d'après les données historiques concernant la formation de ce dernier, ni d'après l'analyse de sa structure technique générale. Rien de plus faux que de prétendre que le système juridique musulman a été copié sur le système juridique romain ou même qu'il en a subi une influence directe". En sentido contrario jurídicos, vid. R. Charles, **Le droit musulman**, Paris, 1982, pp. 19 s., rechazando expresamente que la simple coincidencia de determinismos sociológicos y geográficos pueda explicar las numerosas similitudes que hay entre la *Sunna* y los derechos judío y romano. (citados por Cuenca Boy, Francisco. **Para una comparación histórico-jurídica de las Pieae Causae del Derecho Romano Justiniano con el Wqaf del Derecho Islámico**. Anuario da Faculdade de Dereito da Coruña. 2002. págs. 275-276.)

Por nuestra parte, concordamos con la afirmación de que el ethos del pluralismo jurídico no es solamente teórico, sino que es también ético y político. No se trata de menospreciar una determinada cultura jurídica, sino de reconocer la temporalidad de las instituciones, la precedencia entre ellas, la influencia que recíprocamente se ejercen y, en última instancia en reconocer que, junto a las peculiaridades de un sistema jurídico coexisten no solamente rasgos comunes producto de soluciones humanas a problemas similares sino el reflejo de soluciones anteriores que se incertan entre las nuevas normativas creando vínculos y generando ese efecto híbrido. Vid. Donlan, Seán Patrick. **Remembering: Legal Hybridity and Legal History**. In *Comparative Law Review*. Vol 2, N°1, Associazione Italiana de Diritto Comparato, 2011. Pág. 2. De cualquier manera, para acompañar las implicaciones de este debate se recomienda la obra **Legal pluralism in the Arab world** de los editores Baudouin Dupret, Maurits Berger, Laila al-Zwaini. (Boston, Kruwer Law International, 1999) donde si bien el énfasis está en la posible aplicación de dos soluciones jurídicas a la misma situación fáctica, se destaca la condición previa de la sobreposición de ordenamientos, instituciones o cuerpos normativos y sus procesos de destilado normativo generando la penetración e hibridación. Como un caso inverso, de influencia del derecho islámico sobre el occidental, véase el artículo de Gaudiosi, Mónica. **The influence of the Islamic Law of Waqf on the development of the Trust in England: The case of Merton College**. In *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 136, N°4, Apr. 1988, en el que se estudia la ley de confianza personal (Trust) desarrollada en Inglaterra en la época de las Cruzadas, durante los siglos XII y XIII. En este caso, el Tribunal de la Cancillería, inspirado en los principios de equidad, hizo cumplir los designios legales de los cruzados ausentes que habían hecho asignaciones temporales de sus tierras a los cuidadores. La autora sostiene que este desarrollo puede haber sido influenciado por la institución del *Waqf* en el Oriente Medio.

por el derecho naciente constituyen, una reacción contra las tendencias generales de ese derecho pre-islámico.

Tras la muerte del Profeta Mahoma, en el año 632, al lado del Corán se van situando otras fuentes, raíces o “principios del derecho” (*usiil al-fiqh*) que tratan de dar respuesta a los múltiples problemas jurídicos sobre los que aquél guardaba silencio: la Sunna o tradición oral de los hechos y dichos de Mahoma, basada en los *hadizes*<sup>17</sup> que sólo en el siglo IX fueron recopilados en colecciones escritas; el *iyma*<sup>18</sup> o consenso de la comunidad islámica o más propiamente el “*consensus doctorum*” o de los doctores de la ley de una región o ciudad o de una época determinada; y el *qiyas*<sup>19</sup> o interpretación de la ley, sea como razonamiento por analogía (*qiyas* en sentido propio), como razonamiento deductivo (*iytihad*) o como razonamiento individual (*raay*).<sup>20</sup> Debe destacarse el hecho de que el desarrollo paulatino de dos de

estas fuentes (del *iyma* primero y después del *qiyas*) corriera en paralelo con la primera gran expansión política y militar del Islam, que se extiende con extraordinaria rapidez por territorios del Imperio bizantino, poblados por gentes de religión cristiana que vivían bajo el derecho romano.

Sobre este período nos relata Cuenca Boy que:

*“Las estructuras administrativas anteriores a la conquista fueron preservadas en medida considerable, a la vez que el contrato de Qimma permitió a las comunidades cristianas y judías (los Qimm íes) conservar su propia ley personal, sus instituciones jurídicas tradicionales e incluso sus tribunales eclesiásticos y rabínicos. Se produce entonces el contacto con el derecho romano y la ocasión para la influencia de éste sobre el embrionario derecho musulmán queda servida.”*<sup>21</sup>

17 Un *hadiz* o *jadiz* literalmente significa un dicho o una conversación, pero en el contexto religioso islámico representa los dichos y las acciones del Profeta Mahoma (y de los imanes en el caso de los chiíes) relatadas por sus compañeros y compiladas por aquellos sabios que les sucedieron. El Corán incita a que se debe seguir la guía, enseñanza y el ejemplo de Mahoma como en los siguientes versículos:

*“En el Enviado teneis un hermoso ejemplo, para quienes esperan en Dios y en el último Día y recuerdan a Dios con frecuencia.”* Corán XXXIII:21

*“Vuestro contribulo [Mahoma] no anda descarridado ni equivocado! No habla por vicio. Es una inspiración que le inspira, que le ha enseñado un Angel, forzado, poderoso e inamovible. El corazón de Mahoma no engaña acerca de lo que vio. ¿Dudaréis de él por lo que ve?”* Corán LIII: 2-6, 11-12

Así, mientras se pide creer en el profeta, también se le atribuye a Mahoma la misión de explicarlo:

*“Antes de ti no hemos enviado más que a hombres a quienes inspiramos. Si no lo sabéis preguntad a los poseedores de la amonestación. Los enviamos con las pruebas y las escrituras y te hemos hecho descender, Mahoma, la Amonestación, para que muestres a los hombres lo que se les hizo descender. Tal vez mediten.”* Corán XVI: 45-46

Desde la revelación del Libro Sagrado del Islam, el ejemplo del Profeta se utilizó como recurso de autoridad para resolver todo tipo de situaciones. En consecuencia no es de extrañar que en la legislación musulmana, desde siempre, se ha buscado asidero en la vida del Profeta Mahoma, según las compilaciones de hadizes que se fueron reuniendo a lo largo de los siglos, para resolver diversas situaciones jurídicas.

18 Véase Maíllo Salgado, Felipe, **Vocabulario de historia árabe e islámica**. 2ª Ed. Madrid, Akal ediciones, 1999. Pág. 208.

19 Analogía en sentido técnico. Deducción analógica. Este criterio hermenéutico es considerado en la jurisprudencia islámica como una de las fuentes (raíces) del derecho. Vid. Maíllo Salgado, Felipe. op. cit. pág. 191.

20 Véase Cuenca Boy, Francisco. op. cit. pág. 279

21 Ibidem. Loc. Cit.

Es razonable pensar que el consenso (*iyma*) y el razonamiento analógico (*qiyas*) hayan podido facilitar la adopción o asimilación de elementos jurídicos vivos entre las poblaciones sometidas (como usos o costumbres), puesto que, dada la urgencia de la situación, los aspectos técnicos involucrados en dichas fuentes podían, según los casos, aparecer indiferentes a los ojos de la religión y la moral islámicas.

El extraordinario y rápido desarrollo alcanzado por las fundaciones piadosas en la sociedad musulmana, ya desde sus primeros siglos, hunde sus raíces en la incitación del Corán a la beneficencia; la limosna, la asistencia a los pobres y necesitados por lo que es para el creyente musulmán un deber religioso, y una de las formas de cumplir este deber tomó precozmente la figura del establecimiento de *Awaqf*<sup>22</sup>.

Los sistemas legales del Medio Oriente habían sancionado históricamente varias formas de dotaciones como actos jurídicos envolviendo la transferencia de propiedad de A a B para el beneficio de C, la separación entre el principal y el usufructo y la creación de dotaciones inalienables para propósitos de caridad. Eso se evidencia en los registros históricos y en una nomenclatura existente de prácticas de confianza dentro de la sociedad islámica, incluso antes de que existiera referencia de *Awaqf* en los primeros tratados

que se escribieron.<sup>23</sup> Según Hennigan, en el siglo III islámico, emergió con un sentido brillante y claro en el área del derecho, el significado de “*Waqf*” como “dotación pía”, aunque reconozca que está nutrido con elementos de prácticas extranjeras, lo que no lo convierte en una institución “prestada”.

La creación del significado de “*Waqf*” fue una solución islámica única que forma parte de la solución del problema predominante para los juristas en el siglo II islámico: la creación de un derecho islámico coherente dentro del contexto de una población musulmana heterogénea y en crecimiento, con prácticas culturales (y legales) que tenían sus orígenes fuera del contexto árabe-islámico.<sup>24</sup>

#### **IV. Las características de la fundación islámica o Waqf.**

Tiene un parecido notable a la ley de fideicomisos Inglés. Cada *Waqf* se requiere tener un *waqif* (fundador), *mutawillis* (fiduciario), *qadí* (juez) y los beneficiarios. Tanto en el *Waqf* como en el fideicomiso, la propiedad es reservada, y se apropia de su usufructo, para el beneficio de personas concretas, o para un fin benéfico general; el objeto sobre el que recae se vuelve inalienable; fincas de manera perpetua se destinan en favor de los beneficiarios que pueden sucederse y sin tener en cuenta la ley sucesoria o los dere-

22 Plural de *Waqf*. En El norte y oeste de África también se les llama Habs (Plural Abhas o Hubus) que, para efectos de este artículo, podemos entender como sinónimo de fundación o de fideicomiso.

23 Cfr. Hennigan, Peter C. **Studies** op. cit. nota 2. pág. 50.

24 Hennigan, Peter C. Op. cit. pág. 52. En lo que respecta al derecho islámico, destaca Schacht que: “La ley islámica posee un impresionante número de conceptos jurídicos, tanto especiales y genéricos, pero son, en general, amplios y carentes de contenido positivo, que no se derivan de las realidades concretas de la vida jurídica, sino del pensamiento abstracto. Por ejemplo, quien encuentra puede utilizar la propiedad encontrada si es pobre, pero no si es rico, y si él es rico, sólo tiene derecho a hacer una donación caritativa”. (**An Introduction of Islamic Law**. New York, Oxford University Press, 1982. pág. 205)

chos de los herederos, mientras que la continuidad está garantizada por el nombramiento sucesivo de fideicomisarios. La distinción más significativa entre el *Waqf* islámico y el trust Inglés es el expreso o implícito derecho de reversión del *Waqf* a fines caritativos cuando su objeto específico ha dejado de existir, aunque esta diferencia sólo se aplica a la *ahli Waqf* (fideicomiso de la familia islámica) en lugar de la *khairi Waqf* (dedicado a un fin caritativo desde su creación).

El fundador de un *Waqfo habes*, es decir quien detenta la propiedad de los llamados bienes *habices*, donados para su renta y beneficio a organizaciones piadosas o filantrópicas tales como mezquitas, hospitales o *madrasas*<sup>25</sup> debe reunir las condiciones ordinarias de capacidad del sujeto de derecho. Ante todo es necesario que sea libre, mayor de edad y musulmán, si bien a los infieles se les permitió crear fundaciones siempre que su finalidad no fuera contraria al Islam. Además, debe estar en plena posesión de sus facultades mentales y ser titular de un derecho de propiedad pleno sobre la cosa o cosas objeto de la dotación patrimonial, ya sea sobre la totalidad, ya sobre una porción indivisa de ellas. Además, entre sus atribuciones naturales está la facultad de nombrar un ejecutor de la voluntad constitutiva de la donación que, en adelante, administrará y hará cumplir los fines fijados por el instituidor.

Normalmente los bienes inmuebles son el objeto del *Waqf*. En principio debe tratarse

de bienes, de alguna manera, duraderos y productivos, visto el carácter permanente -si no perpetuo- de la fundación, y luego porque lo que se destina al fin marcado por el fundador es el uso o el producto de tales bienes. Por tanto, se excluyen del *Waqf* los bienes consumibles como los alimentos y el dinero (por la prohibición del interés).<sup>26</sup>

El *habis* se puede constituir en vida o por testamento. Su constitución está libre de cualquier solemnidad, en particular de la forma escrita, por lo que basta una declaración de voluntad del fundador que exprese con claridad su renuncia a las facultades de propietario, el objeto sobre el cual se establece la fundación, la finalidad a la que se destinan los bienes y, en su caso, las personas beneficiarias.

Otras características o requisitos necesarios para la validez de la fundación son: 1) La perpetuidad de la adscripción y la inalienabilidad de los bienes convertidos en *Waqf*; 2) El despliegue inmediato de su eficacia, con el consiguiente rechazo de toda condición suspensiva que no sea la muerte del fundador; y 3) La irrevocabilidad y, por tanto la exclusión, de términos finales o condiciones resolutorias.

Algunas de las especulaciones sobre los orígenes extranjeros de las "*Waqf*" se centran en dos instituciones romano-bizantinas. La *res sacrae* y la *piae causae*. Comenzando en el siglo XIX, historiadores observan que

la romana *res sacrae* y la bizantina *piae causae* se parecían a la *Waqf khayri* o fundación pública. Como la *Waqf khayri* la *res sacrae* consiste en propiedad consagrada a propósitos religiosos -usualmente la construcción de un templo- que deviene inalienable. La *piae causae* también muestra numerosas semejanzas con la *Waqf*. Ambas son propiedades inalienables, administradas por particulares y supervisadas por funcionarios religiosos -el obispo en las *piae causae* y el qadi en los *Awaqf*. Más significativo es el paralelismo de las *piae causae* y los *Awaqf* en sus propósitos caritativos para el socorro de los pobres, el rescate de los cautivos, y la construcción de iglesias, hospitales, hospicios para viajeros, orfanatos y hospicios. Las similitudes entre las *piae causae* y las *awaqf khayri* llevo a algún historiador a concluir que los estudiosos deberían mirar a Bizancio como el origen de las *awaqf*, conclusión basada sobre la cuestionable premisa de que correlación implica causalidad.<sup>27</sup>

En 1910, Marcel Morand<sup>28</sup> desecha la teoría sobre la *res sacrae*, destacando que esta se restringía a construcciones religiosas y a las tierras donde se edificaban, mientras que la *Waqf* incluye ingresos recurrentes de las propiedades para sustentar las dotaciones religiosas. Otra diferencia destacada se refiere a la creación y administración de las dotaciones. Mientras que la *Waqf* será fundada por la iniciativa de una persona particular, y su administración recae en manos particulares, en el caso de la *res sacrae* no puede ser creada por individuos sino que requiere ser autorizada por el Senado Romano y consagrada por un

estatuto o un "*Senatus consultum*". Más aún, la administración de la *res sacrae* se mantiene en manos del Estado.

Un punto importante para la comparación de los *awqif* con las *piae causae* es el de la propiedad de los bienes constituidos en fundación. Acerca de esta cuestión se desarrollaron diferentes doctrinas. Así, mientras la escuela malequí y el fundador de los hanafíes consideran que el constituyente del *Waqf* conserva la nuda propiedad de los bienes (aunque desprovista de todo poder de disposición), cediendo solamente el uso o el usufructo a los beneficiarios, los juristas de otras escuelas suponen que el propietario es Alá, que la propiedad pasa a los beneficiarios o que los bienes no pertenecen a nadie.

Cuando el *Waqf* se constituye mortis causa son de aplicación las normas relativas a los actos de última voluntad, y entre ellas el límite de un tercio del patrimonio del fundador ya que tal es la parte de la que se puede disponer por aquella vía; en caso de constitución inter vivos, el *Waqf* puede extenderse a todos los bienes del constituyente.

El derecho musulmán tiene una impronta religiosa o moral que constituye el rasgo más destacado del sistema jurídico islámico y que carece de equivalente en el derecho romano, ni siquiera en las épocas en las que éste sufre la influencia de la religión cristiana. El contenido del sistema jurídico musulmán quedó casi definitivamente fijado, al margen de cualquier influencia exterior, en la primera mitad del primer siglo de la Hégira; esta formación tan rápida impidió la infiltración de

25 Lugar donde se estudia. Colegio de fundación oficial o privada especializado en la enseñanza de ciencias religiosas, especialmente derecho religioso o jurisprudencia, donde se aseguraba el mantenimiento de los alumnos y del maestro. Vid Maíllo Salgado, Felipe. op. cit. pág. 142. Ocasionalmente hemos utilizado también el glosario de COULSON, op. cit. págs. 235 y sgtes.

26 La escuela malequí admite también que los muebles y aún semovientes se constituyan en fundación. Vid López, loc. Cit. Supra nota 7.

27 Barnes. **Introduction to Religious Foundations**. Citado por Hennigan, pág. 53.

28 Morand. **Études de droit musulman argerien**. (Algeiers, Jourdan, 1910) pág. 244-245. Citado por Hennigan, pág. 54.

elementos extranjeros cuando, a raíz de la conquista, el derecho musulmán se introdujo en los territorios del Imperio bizantino.

Como consecuencia de la íntima relación que le une a la religión, el sistema jurídico musulmán exhibe una acentuada tendencia moralizadora que se hace plenamente evidente en el ámbito del derecho privado y que no se encuentra de igual forma ni con la misma profundidad en el derecho romano, ni tan siquiera en la última etapa de su evolución.

La propiedad de los bienes tiene mucho que ver también con el asunto de la personalidad jurídica de la fundación. El concepto de persona jurídica es completamente ajeno al derecho musulmán histórico, de manera que no podemos representarnos las fundaciones islámicas bajo este ropaje. Las fundaciones temporales en favor de los miembros de la familia del fundador (incluso del propio fundador a través de medios indirectos) se impregna de la voluntad del instituidor como origen pero también reviste una cierta naturaleza contractual.

La administración del *Waqf* se organiza, en principio, con arreglo a las instrucciones del fundador. Este puede reservarse para sí mismo la administración durante su vida o nombrar al primer administrador. Asimismo es él quien determina los aspectos particulares de la gestión de los bienes y la utilización de sus rendimientos. Por ejemplo, soslayada indirectamente la nulidad de una

29 Jefes de Justicia. (singular qadi) Una modalidad de jueces islámicos que juzgan en base a la ley religiosa. Normalmente tienen competencia sobre todas las materias y debe fallar con fundamento en la iyma. Eran delegados del gobernante. Su jurisdicción se extiende solamente a los musulmanes, juzgando en conciencia. Los no musulmanes quedaban sometidos a sus propias instituciones legales tradicionales, incluidos los tribunales religiosos. Vid. Schacht, Joseph. **An Introduction**. op. cit. supra nota 23, pág. 24-25.

fundación en su propio beneficio, el fundador puede aparecer como único destinatario del producto de los bienes. El administrador del *Waqf* se encarga sólo de la administración ordinaria, siendo nula toda actuación suya que transgreda esa limitación. Debe actuar con diligencia y responde de los daños causados a la fundación por su propia culpa; asimismo le está vedado obtener ganancia de los bienes que administra y no puede ceder la titularidad de sus funciones.

Con el tiempo, se desarrolló una competencia de control y vigilancia de los *qudat*<sup>29</sup> sobre la aplicación efectiva de los bienes fundacionales a sus fines.

Incluso, en muchos casos, estos jueces o agentes de la autoridad llegaron a ser los administradores efectivos de las fundaciones.

Al margen del supuesto excepcional de la fundación temporal, el *Waqf* se extingue por cese de su finalidad o por pérdida o destrucción de su objeto material.

En el primer caso la propiedad de los bienes se devuelve a los parientes más próximos del fundador (según la escuela malequí esta reversión sólo se produce si son necesitados) o bien se sigue asignando a los pobres u otras obras pías de interés general. Se excluye en todo caso la confiscación por parte de la autoridad pública.

La reversión de los bienes (es decir, de la propiedad en sí o del usufructo) al fundador o

a sus herederos al término del *Waqf* y con la determinación de qué o quiénes pueden ser destinatarios de la fundación es rechazada por algunas corrientes a partir de la premisa de que los bienes le pertenecen a Alá.<sup>30</sup>

Es posible afirmar la existencia de un alto grado de coincidencia de los rasgos estructurales y funcionales del *Waqf* islámico con los de las fundaciones piadosas del tardío Imperio romano. El hecho de que el “espíritu” de un sistema jurídico no pueda ser trasplantado a otro sistema no elimina la posibilidad de préstamos de reglas, instituciones, conceptos y estructuras jurídicas determinadas;<sup>31</sup> como puede deducirse que se dio entre el *Waqf* islámico y las fundaciones piadosas del derecho romano justinianeo.

Puede ser complicado el llegar a descubrir un vínculo claro de derivación o de influencia directa entre el primero y las segundas, pero al menos, la confirmación de la existencia de fuertes semejanzas entre estas instituciones, aparte de ser en sí misma un resultado estimable, también tendría el valor

de un indicio en relación con la verdad de aquel vínculo.

Debemos preguntarnos por las raíces de las *piae causae* bizantinas, en suelo islámico, particularmente en Egipto, durante los primeros siglos.

Según Weber<sup>32</sup> estas dos últimas motivaciones no fueron ajenas tampoco al desarrollo de las *piae causae* bizantinas así como a las manifestaciones antiguas del *Waqf*.

El aspecto de la perpetuidad parece haberse consolidado de forma gradual. En los primeros tiempos se admiten todavía las fundaciones temporales, mientras que en la doctrina clásica del *Fiqh* se exige la adscripción de los bienes de forma definitiva. Con carácter general, los bienes afectados a la fundación son inalienables e imprescriptibles.

En el caso de fundaciones en favor de personas determinadas, el requisito de la perpetuidad se puede satisfacer destinando el producto de los bienes a los pobres tras la muerte de los beneficiarios iniciales.

30 Sobre el tema, Coulson relata la diferencia de posición entre dos célebres juristas. “Ash-Shaybani regula los incidentes del *waqf* trazando paralelos sistemáticos con la ley de donaciones. El *waqf*, arguye, es una donación del cuerpo de la propiedad a Dios, y de su usufructo a los beneficiarios. De aquí su norma de que la entrega de la propiedad al administrador sea esencial para la validez del *Waqf*. La doctrina de Abu Yusuf, por otra parte, estaba enormemente influida por la consideración práctica de que la creación de los *awaqf* debía ser facilitada y alentada. Con este propósito, ordenó que la mera declaración del donante, sin ningún tipo de entrega, era suficiente para constituir un *Waqf* válido; una indicación más de obvia de su actitud se percibe en la prescripción de que el donante puede reservar un interés de por vida para sí mismo sobre la renta de la *Waqf*.” Vid Coulson, Noel J. op. cit. supra nota 5, pág. 58.

31 Cfr. Schacht, Joseph. **Foreign Elements in Ancient Islamic Law**. In Journal of Comparative Law and International Law N° 32 (1950) pág. 10. Citado por Cuenca Boy, Francisco. **Para una comparación...**, op. cit. pág. 276. Sobre él, en general compartimos la opinión de Watson para quien “Legal transplants are alive and well as they were in the time of Hammurabi.” Que no es otra cosa que afirmar que se trata de una constante histórica y que su existencia no necesariamente va en desmedro ni implica subordinación de la cultura jurídica receptora, pues a la larga todos los sistemas son receptores y transmisores. Watson sostiene que el trasplante legal es el traslado de una norma de un país a otro o de un pueblo a otro y que ese cambio es independiente del trabajo del sustrato social, histórico o cultural y que factores históricos y hábitos de pensamiento no limitan o califican el trasplante de normas. Vid. Watson, Alan. **Legal Transplants and European Private Law**, en ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2000), 4.4. Disponible en <<http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>>. Consultado el 18 de octubre de 2012

32 Weber, Max. op.cit., págs. 572 y 912.

## V. *A modo de corolario: Finalidad declarada y práctica social.*

La necesidad de dar respuesta a una gran cantidad de situaciones no previstas en el Corán, al tiempo que se producía una ruptura con la mayoría de las tradiciones y costumbres pre-islámicas llevaron al derecho musulmán a crear fuentes de derecho propias y a inspirarse en instituciones jurídicas ajenas para conformar un conjunto normativo básico que consiguió extenderse por las diversas sociedades que asumieron el modelo de derecho teocrático islámico.

La holgada noción islámica de *qurba*, intención piadosa de la finalidad a la que debe destinarse el uso o los rendimientos de tales bienes debe ser interpretada en sentido lato como una preocupación por acercarse a Dios o ser grato a Dios, forma necesariamente parte de la finalidad última del *Waqf* y permitía muchas posibilidades para su uso a veces cumpliendo con su propósito declarado de transferir la propiedad a Dios y reservar el disfrute o el usufructo de un patrimonio para quien estableciera el anterior propietario pero también como una vía tangencial que buscaba objetivos no declarados, ajenos a lo que podríamos considerar el cumplimiento estricto de un deber religioso.

Por la vía indicada, el *Waqf* llegó a ser utilizado como un instrumento legal para eludir las normas coránicas que disciplinan el derecho hereditario. El instituyente podía servirse del establecimiento de una fundación para burlar el orden sucesorio en varias direcciones, excluyendo a determinados herederos del círculo de beneficiarios, incluyendo en él

a otras personas o, de forma más general, con el propósito de mantener la unidad e integridad del patrimonio familiar y de reforzar la familia patriarcal. Las víctimas de este proceder eran generalmente las mujeres de la parentela del fundador, a las que por este medio se les llegaba a privar de sus derechos a la sucesión.

En segundo lugar, en un entorno de inestabilidad jurídico-política con débiles garantías legales y poca seguridad en el tráfico, el *Waqf* también fue utilizado como medio de protección frente al peligro de confiscación por parte de la autoridad política. En este caso, la sacralización resultante de su afectación a una finalidad reconocida por la religión, buscaba poner los bienes constituidos en *Waqf* al abrigo de intromisiones arbitrarias del soberano, a la vez que permitía asegurar a largo plazo un cierto flujo de rentas hacia la familia del fundador, pues quedaban, como antes señalamos, fuera del alcance del derecho público.

Otra posible finalidad era la ayuda a la donación nupcial de un prometido que, al carecer de recursos, no habría podido contraer matrimonio de otro modo.

Otras veces se utilizaba con fines fraudulentos como, por ejemplo, la sustracción de los bienes del fundador a la ejecución de los acreedores por medio de su constitución de un *Waqf* en favor de los descendientes del deudor.

En la actualidad su uso es generalizado en el derecho islámico, más allá del mundo árabe y se le utiliza con frecuencia para la financiación y mantenimiento de escuelas religiosas o “*madradas*” desde Marruecos

hasta Malasia además de conservar su papel tradicional como fuente de financiamiento de obras de caridad de todo género.

También se le utiliza para garantizar a las futuras generaciones de una familia el disfrute de unos medios que le han sido asignados por el donante en una modalidad familiar preservada aún en contra de la influencia occidental, principalmente la británica, que intentó su eliminación sin lograrlo. Hay quienes han visto en esta institución un “arma eficaz” para proteger el patrimonio nacional en países con graves problemas de desarrollo contra la voracidad de agentes colonialistas.

Sin embargo, también existen voces que señalan que se trata de “una supervivencia retardataria de antiguos privilegios de clanes o de grupos familiares”. De hecho, parte de las fortunas de algunas casas reales son hoy administradas por este medio.

Se vea como ancla o como trinchera, la práctica social globalizada ofrece un panorama donde, dentro del moderno derecho islámico, el *Waqf* aparece, por su frecuente uso y por su relevancia económica, como un instituto jurídico digno de atención.

## VI. *Referencias Bibliográficas.*

Agosti, Guido. Alcuni brevi cenni sulla dottrina canonistica medievale riguardo ai musulmani. In Revista IURA ORIENTALIA Volumen VII, Italia, 2011, págs. 10-19. Disponible en [www.iuraorientalia.net](http://www.iuraorientalia.net)

Al-Zwaini, Laila, Berger, Maurits y Dupret, Baudouin. (Eds.) **Legal pluralism in the Arab world**. Boston, Kruwer Law International, 1999.

Arcas Campoy, María. **Consideraciones sobre algunos aspectos científicos de los tratados de fiqh Malikí**. In LEDER Stefan. et. al. **Orientalia Lovniensia Analecta. Studies in Arabic and Islam**. Peeters Publishers, Belgium, 2002. Págs. 447-454.

Biletta, A. “**Wakf**”. In Novissimo Digesto Italiano. Tomo 20, Torino, 1975.

Bucci, Onorato. **Le radici storiche della SHARI'A Islamica**. In Revista IURA ORIENTALIA, Volumen VI, Italia, 2010, págs. 232-259. Disponible en [www.iuraorientalia.net](http://www.iuraorientalia.net)

**CORAN**. 3ª ed. (traducción y prólogo Juan Vernet) Plaza y Janés Editores, Barcelona, 1995.

Coulson, Noel J. **Historia del Derecho Islámico**. Bellaterra, Barcelona, 1998.

Cuena Boy, Francisco. **Para una comparación histórico-jurídica de las Pieae Causae del Derecho Romano Justiniano con el Wqaf del Derecho Islámico**. Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. 2002. Págs. 273-312.

Donlan, Seán Patrick. **Remembering: Legal Hybridity and Legal History**. In Comparative Law Review. Vol 2, N°1, Associazione Italiana de Diritto Comparato, 2011. Págs. 1-35.

Estevez Brasa, Teresa M. **Derecho Civil Musulmán. Precedido de una introducción al Advenimiento del Islam**. Buenos Aires, Depalma, 1981.

Ferrara, Francesco. **Teoría de las Personas Jurídicas**. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.

Gaudiosi, Mónica. **The influence of the Islamic Law of Waqf on the development of the Trust in England: The case of Merton College.** In University of Pennsylvania Law Review Vol. 136, N°4, Apr. 1988. Págs. 1231-1261

Hennigan, Peter C. **Studies in Islamic Law and Society. Vol. 18°. The birth of the legal institution. The formation of the waqf in third Century A.H. Hanafi Legal Discourse.** Netherlands, Brill, 2004.

Iglesias, Juan. **Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado.** Barcelona, Ariel, 1972.

López Ortiz, P. José. **Derecho Musulmán.** Barcelona, Editorial Labor, 1932.

Maíllo Salgado, Felipe. **Vocabulario de historia árabe e islámica.** 2ª Ed. Madrid, Akal ediciones, 1999.

Mandirola Brieux, Pablo. **Introducción al Derecho Islámico.** España, Marcial Pons, 1998.

Pérez Vaquero, Carlos. **Diez claves para conocer el derecho islámico.** Consultado en [noticias.juridicas.com/articulos/00.../201102-37999842146.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/00.../201102-37999842146.html), el 18 de julio de 2012.

Schacht, Joseph. **An Introduction of Islamic Law.** New York, Oxford University Press, 1982.

Watson, Alan. **Legal Transplants and European Private Law,** en EJCL 4.4 disponible en <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>.

Weber, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva.** España, Fondo de Cultura Económica, 1993.

## DAÑO SOCIAL, DAÑO MORAL COLECTIVO Y DAÑOS PUNITIVOS. DELIMITACIONES Y ALCANCES EN MATERIA AMBIENTAL

*M.Sc. Mario Peña Chacón<sup>1</sup>*

### I. DAÑO SOCIAL AMBIENTAL

En los últimos años, a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario, la figura del daño social y su dimensión extrapatrimonial conocida como daño moral colectivo ha tomado relevancia pública, especialmente a raíz de los emblemáticos fallos judiciales Caja-Fischel e ICE-Alcatel a nivel nacional, así como Municipalidad de Tandil - T.A. La Estrella S.A y Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires - GCBA en el ámbito latinoamericano, específicamente Argentina, país en el que se discute actualmente la promulgación de un nuevo Código Civil y de Comercio que vendría a reconocer y regular la figura de los daños punitivos originaria del common law y que en el caso costarricense, aún no encuentra respaldo jurídico.

La figura jurídica del daño social fue incorporada al ordenamiento jurídico costarricense a partir de la promulgación del Código Procesal Penal<sup>2</sup> de 1996, y a la fecha ha generado en términos económicos más de veintidós millones de dólares al erario público<sup>3</sup>, en virtud de indemnizaciones por demandas civiles planteadas por la Procuraduría General de la República dentro de procesos penales en donde se han visto conculcados derechos de incidencia colectiva, siendo los casos más emblemáticos y que mejor se han posicionado ante la palestra pública la condena civil acaecida en el caso por corrupción conocido como Caja-Fischel<sup>4</sup> relativo a “implicaciones

1 Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). [mariopena@racsa.co.cr](mailto:mariopena@racsa.co.cr)

2 Ley número 7594 del 28 de marzo de 1996, publicada en el Alcance número 31 a la Gaceta número 106 del martes 4 de junio de 1996, en vigencia a partir del 01 de enero de 1998.

3 Dato obtenido del artículo de opinión de Calderón Alvarado, Gilberth, El daño social que provoca la corrupción, publicado en el Periódico La Nación del 25 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.nacion.com/2012-08-25/Opinion/El-dano-social-que-provoca-la-corrupcion.aspx>

4 Causa Penal por el delito de peculado número: 04-5356-042-PE, contra Rafael Ángel Calderón Fournier y otros en perjuicio de la Caja Costarricense del Seguro Social y el Estado costarricense.

a la economía nacional” por un monto de 639 mil dólares, así como el arreglo conciliatorio por 10 millones de dólares celebrado entre la Procuraduría General de la República y la transnacional francesa de telecomunicaciones Alcatel dentro del proceso penal denominado ICE-Alcatel<sup>5</sup> por este mismo concepto.

En virtud de su naturaleza meramente compensatoria y su finalidad de lograr hasta donde sea posible la indemnidad de la colectividad afectada, el daño social encuentra sustento o asidero jurídico en los artículos 41<sup>6</sup> y 50<sup>7</sup> de la Constitución Política de Costa Rica, así como en el artículo 38 del Código Procesal Penal<sup>8</sup>, norma que si bien es omisa en desarrollar sus características y la forma de su aplicación, tiene la virtud de reconocer de manera expresa su existencia tratándose de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos y otorgándole legitimación activa a la Procuraduría General de la República para su ejercicio.

A pesar que a nivel legal, a raíz de lo establecido en el artículo 38 del Código Procesal Penal, la figura del daño social se encuentra limitada a acciones civiles dentro de procesos penales por afectación a intereses difusos o colectivos, supeditado por tanto a actuaciones y omisiones ilícitas y penalmente punibles, lo cierto del caso es que tanto la doctrina como la jurisprudencia le han reconocido a este instituto jurídico una dimensión más amplia, la cual se ve reflejada en la definición desarrollada por las autoras AGUIRRE GARABITO y SIBAJA LÓPEZ en su artículo académico denominado “*El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones*”<sup>9</sup>, a la cual nos adherimos en este trabajo académico<sup>10</sup>.

Para estas autoras, el daño social puede entenderse como: “... *aquel menoscabo, afectación social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano*

- 
- 5 Causa Penal por el delito de peculado número: 04-6835-647-PE, contra Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y otros en perjuicio del Instituto Costarricense de Electricidad y el Estado costarricense
- 6 Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.
- 7 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.
- 8 Artículo 38.-Acción civil por daño social. La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.
- 9 Aguirre Garabito, Ana Lucía y Sibaja López, Irina, El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones, en Revista Judicial número 101, setiembre 2011, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)
- 10 Mediante la sentencia número 675 de fecha veintiuno de setiembre de 2007, dentro del expediente: 02-000682-0163-CA, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense le otorga una connotación limitada al concepto daño social equiparándolo con el daño moral colectivo, tesis que consideramos no acertada en la medida que entendemos al daño moral colectivos como la manifestación extrapatrimonial del daño social, teniendo éste última una connotación adicional de carácter patrimonial.

*contrario al ordenamiento o en apego a éste (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado”.*

Al amparo de esta concepción amplia de daño social, la figura se configuraría por acciones y/o omisiones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, tanto por hechos lícitos como ilícitos, siempre y cuando se vea afectado el bienestar general por daños injustos que afecten intereses o derechos de incidencia colectiva, daños que pueden tener connotaciones patrimoniales y/o extrapatrimoniales, y en la medida que recaigan sobre bienes ambientales la legitimación para su reclamo se ampliaría a la luz del artículo 50 constitucional, siendo entonces posible su reclamo por parte de cualquier persona (físico o jurídica, pública o privada) en todas aquellas vías procesales que puedan conocer procesos de responsabilidad civil por daño ambiental.

Es importante señalar que el daño social (patrimonial y extrapatrimonial) sujeto a indemnización es aquel que es cierto y no

hipotético, que afecta bienes o intereses de incidencia colectiva, sea aquellos intereses ligados a la tutela de bienes comunes o colectivos donde no existe un derecho subjetivo propio sino interés común compartido con una generalidad de individuos. En palabras de GALDOS<sup>11</sup> desde el punto de vista objetivo el “quid” atrapante es objetivo y “de incidencia colectiva” porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación, uso o aprovechamiento individual y exclusivo. Para VERBIC<sup>12</sup> un bien es colectivo cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Los bienes colectivos se singularizan por la “*indivisibilidad de los beneficios derivados de su utilización, fruto de la titularidad común de los sujetos que los comparten*”. El bien colectivo se caracteriza en opinión de LORENZETTI<sup>13</sup> por: a) la indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan y no es posible su apropiación privada; b) el uso es común; c) el principio de la no exclusión de los beneficiarios significa que todos los individuos tienen derecho a su utilización y no pueden verse limitados; d) uso sustentable: el desarrollo tecnológico no debe consumir bienes no renovables; e) status normativo: es necesario que tenga un reconocimiento normativo para que sea

---

11 Galdós, Jorge Mario, Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa, en Revista de Derecho de Daños número 6, Buenos Aires, Argentina, 1999.

12 Verbic, Francisco, Procesos colectivos, Editorial Astrea Buenos Aires, 2007.

13 Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, 1996. Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, 1997.

calificado de jurídico y protegible<sup>14</sup>. A estos efectos, es relevante recordar que dentro de los derechos de incidencia colectiva sea intereses difusos<sup>15</sup>, intereses estrictamente colectivos<sup>16</sup> e intereses individuales homogéneos<sup>17</sup>, es posible integrar la defensa del medio ambiente, así como la salud, derechos de los consumidores y usuarios, libre competencia, materia electoral, presupuestaria, patrimonio histórico, cultural, arqueológico y arquitectónico, planificación urbana, bienes y zonas públicas, identidad cultural, entre otros<sup>18</sup>.

Ahora bien, en materia de legitimación activa por daño social, si bien el artículo 38 del Código Procesal Penal expresamente dispone la posibilidad que la Procuraduría General de la República interponga la respectiva acción civil resarcitoria dentro de procesos penales, lo cierto del caso es que ese mismo cuerpo legal en su numeral 70 otorga el carácter de víctima a las asociaciones, fundaciones y otros entes en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses, razón

14 Para 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 hidrocarbonadas, depósitos de minerales radioactivos, y el espacio electromagnético, son catalogados como bienes de dominio público. 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 Ambiente y Energía 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 equilibrado.

15 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 el monopolio procesal para ella. Pertenecen a todos y a cada uno de los miembros de grupo, clase, comunidad, sin que medie la existencia de un vínculo jurídico determinado. Los intereses difusos pertenecen a una serie indeterminada e indeterminable de personas ligadas por circunstancias de hecho. Se caracterizan, en cuanto a su titularidad, por ser situaciones transindividuales, al salir de la esfera individual de los sujetos afectados y suelen proyectarse a la colectividad. Por esta razón cualquiera de los afectados está facultado para reclamar su tutela.

16 Al igual que el interés difuso, el interés estrictamente colectivo se encuentra diluido en una colectividad de individuos, pero esta colectividad a diferencia del primero, es determinable y fácilmente individualizable, encontrándose los sujetos que la integran unidos por un vínculo jurídico, y por tanto se trata de grupos organizados, estables y permanentes en el tiempo.

17 Los intereses individuales homogéneos pertenecen a una comunidad de personas perfectamente individualizadas que pueden ser indeterminadas e indeterminables por su número, tal y como lo son los derechos de los consumidores. Se trata por tanto de derechos subjetivos, y por tanto divisibles dentro de la comunidad al ser víctima cada uno de un daño, por ello se puede afirmar que los intereses individuales homogéneos son accidentalmente colectivos, pues son personas determinables que alegan cuestiones comunes de hecho o de derecho, se trata entonces de derechos individuales con origen común y por ello, tienen semejanza y homogeneidad. Su divisibilidad se manifiesta en la fase de liquidación y ejecución de la sentencia colectiva.

18 Al respecto puede consultarse el voto constitucional número 8239-2001 que al efecto estableció: "(...) el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, el buen manejo del gasto público, entre otros, trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta".

por la cual este tipo de personas jurídicas, al igual que la Procuraduría General de la República, se encuentran legitimadas para ejercer acciones civiles por daño social. Y si aunado a lo anterior, el derecho de incidencia colectiva vulnerado es de carácter ambiental, y por tanto nos encontramos ante un daño social-ambiental, el esquema de legitimación, al amparo del artículo 50 de la Constitución Política, 58 de la Ley Forestal<sup>19</sup>, 105 de la Ley de Biodiversidad<sup>20</sup> y el artículo 3 inciso i) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>21</sup>, se amplía permitiéndole a cualquier persona (física, jurídica, pública o privada) ejercer acciones en su defensa,

así como legitimación para reclamar daños ambientales en las distintas vías procesales habilitadas al efecto. Por su parte, tratándose de la legitimación pasiva la misma puede recaer sobre todo tipo de personas ya sean físicas, jurídicas, pública y privadas.

La concepción amplia de daño social a la cual nos hemos adherido incluye afectaciones tanto a bienes patrimoniales como extrapatrimoniales bajo la premisa que la reparación debe ser integral al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, máxime tratándose de bienes ambientales, y por tanto de daño social-ambiental, donde existe

19 Artículo 58.- Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de la República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado. Para estos efectos, los funcionarios de la Administración Forestal del Estado podrán actuar como peritos evaluadores.

20 Artículo 105.- Acción Popular. Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad.

21 Artículo 3 inciso i). Atribuciones. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada. Ser tenida como parte, desde el inicio del procedimiento, en los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre. Para ello, podrá ejercitar la acción penal, de oficio, sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; interponer los mismos recursos que el Código de Procedimientos Penales concede a aquel y ejercer la acción civil resarcitoria. Con autorización del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, podrá coordinar acciones con instituciones públicas y privadas, especialmente con municipalidades, asociaciones de desarrollo comunal y organismos ambientales de carácter no gubernamental, a fin de poner en marcha proyectos y programas de información jurídica sobre la protección del ambiente, la zona marítimo-terrestre, la zona económica exclusiva y la plataforma continental para tutelar los recursos naturales, mediante actividades preventivas que involucren a las comunidades del país.

además un marcado interés público y una obligación constitucional<sup>22</sup>, internacional<sup>23</sup> y legal<sup>24</sup> en su recomposición.

La valoración económica sobre el daño social de carácter patrimonial debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante,

22 Al efecto el texto constitucional costarricense en el párrafo segundo del artículo 50 establece “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.” El numeral 41 de la Constitución Política establece “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Además, el párrafo segundo del numeral 28 constitucional enuncia “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”, lo cual viene a marcar el terreno en cuanto a la protección y reparación del ambiente, pues interpretando a contrario sensu, el deber del Estado en intervenir en la protección y restauración del ambiente se encuentra supeditado a que las conductas que se les achaque a particulares dañen la moral, el orden público o causen daño a terceros.

23 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. Además de las anteriores declaraciones, Costa Rica ha suscrito una gran cantidad de tratados internacionales de carácter ambiental, dentro de los que encuentran: Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convenio para la protección de la Biodiversidad y protección de las áreas silvestres prioritarias en América Central, Convención Internacional de protección Fitosanitaria, Convenio Regional para el manejo y conservación de los ecosistemas naturales forestales y el desarrollo de plantaciones forestales, Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de los países de América, Convenio de Protección Patrimonial, cultural y natural, Convención para la defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las Naciones Americanas, Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Convenio para la protección y desarrollo del medio marino y su protocolo para combatir derrames de hidrocarburos en la región del Gran Caribe, y su Protocolo, Convenio de Naciones Unidas sobre el derecho del mar de Montego Bay, Convención sobre Humedales internacionales como hábitat de aves acuáticas, Convenio de Basilea sobre control del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación, Convenio de Viena para la protección de la capa de Ozono, Protocolo de Montreal relativo a sustancias agotadoras de la capa de ozono, Convenio marco de la ONU sobre cambio climático, Convención de la ONU lucha contra la desertificación especialmente en África, Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas, Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Acuerdo sobre el programa internacional para la conservación de los delfines entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos de América.

24 En desarrollo del deber de reparación, el Código Civil de Costa Rica en su numeral 1045 recoge el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Dicho principio llevado al derecho ambiental se encuentra contenido dentro del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente que al efecto reza “Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión”. En concordancia con lo anteriormente expuesto, los artículos 45, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas, “El estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad”; “La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y Energía y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de

*Continúa en la siguiente página.*

## **II. DAÑO MORAL COLECTIVO DE CARÁCTER AMBIENTAL**

El daño moral colectivo, manifestación extrapatrimonial del daño social, puede definirse según GALDÓS<sup>25</sup> como el atropello de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente subjetiva u objetiva. En el primer caso, el daño se propaga entre varios sujetos – incluso sin vínculo jurídico entre ellos – y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. En el segundo supuesto, el factor atrapante es objetivo y de incidencia colectiva, porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación o uso individual y exclusivo. En este supuesto la naturaleza del bien categoriza el daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, usan o se benefician con

mientras que la valoración del daño social extrapatrimonial (daño moral colectivo) con el fin de no incurrir en abusos o arbitrariedades, el juez en su calidad de perito de peritos, debe acudir y aplicar para su fijación a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad y por supuesto, basarse en las reglas de la equidad, justicia, ciencia, técnica, la lógica y conveniencia, de conformidad al artículo 16 de la Ley General de Administración Pública.

A todas luces, ya sea que se trate de daño social patrimonial o extrapatrimonial el destino de la indemnización debe estar afectado a un fin público en beneficio de la colectividad que vio menoscabado sus intereses de incidencia colectiva de carácter ambiental, recayendo su titularidad en fondos públicos manejados y administrados por entidades estatales quienes deberán aplicarlos e invertirlos en la recuperación, reconversión o eliminación de las causas que generaron el daño social-ambiental acaecido.

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 98 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, quien, sin previa autorización del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, drene, seque, rellene o elimine lagos, lagunas no artificiales y los demás humedales, declarados o no como tales. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de afectación del humedal; para ello, se faculta al Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a fin de que efectúe 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 Galdós, Jorge Mario, Derecho ambiental y daño moral colectivo, algunas aproximaciones, 1998.

el objeto conculcado. La comunicabilidad de intereses concurrentes no deriva de los sujetos, sino de un objeto público, cuyo daño expande sus efectos a una pluralidad de personas.

Para LORENZETTI<sup>26</sup>, de lo que se trata es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social del individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Debido a lo anterior, cuando se afecta ese bien de naturaleza colectiva, el daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión, de modo que, el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva. De esta forma, por daño moral colectivo puede entenderse aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra de un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión.

El ambiente es uno de esos bienes de carácter común y colectivo susceptible

de generar, ante su contaminación y/o degradación generalizada, una condena indemnizatoria por daño moral colectivo. Al afectarse un bien ambiental la minoración en la tranquilidad la sufra la colectividad como un todo, así como cada uno de los sujetos que forman parte de ella, a raíz de lo anterior, es posible definir al daño moral colectivo de carácter ambiental como la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a la lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que los circunda<sup>27</sup>.

Por tratarse el daño moral colectivo de la manifestación extrapatrimonial del daño social comparte su misma naturaleza y finalidad compensatoria, encontrando su respaldo jurídico en los artículos 41 y 50 constitucionales y por supuesto, en el numeral 28 del Código Procesal Penal.

Cuando el derecho de incidencia colectiva vulnerado es de carácter ambiental, el esquema de legitimación para reclamar daño moral colectivo al amparo del artículo 50 de la Constitución Política, es amplio permitiéndole tanto a la Procuraduría General de la República como a asociaciones, fundaciones a cualquier persona (física o jurídica) ejercer acciones en su defensa y legitimación para reclamar daños ambientales en las distintas vías procesales habilitadas al efecto. Por otra parte, la legitimación pasiva por daño moral colectivo de carácter ambiental, al

26 Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, 1996. Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, 1997.

27 Peña Chacón, Mario, Daño Moral Colectivo de carácter ambiental, en Revista Derecho Ambiental número 25, enero marzo 2011, Editorial Abeledo Perrot, Argentina 2011, y en Revista Brasileira de Direito Ambiental, julio/setiembre 2011, año 7, número 27, Brasil., disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/rev\\_jud\\_98/completos/04\\_completo.html](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/04_completo.html)

igual como sucede con el daño social, puede recaer sobre todo tipo de personas ya sean físicas, jurídicas, pública y privadas.

Mientras tanto, la titularidad en la pretensión resarcitoria del daño moral colectivo ambiental no podría ser nunca individual pues generaría un enriquecimiento sin causa<sup>28</sup>, sino únicamente grupal o colectiva, en el tanto, los montos obtenidos por la indemnización le pertenecen a la colectividad como un todo, encontrándose el juzgador obligado a analizar la mejor forma de repartir e invertir las sumas obtenidas satisfaciendo el interés colectivo (interés público ambiental), y en el caso que deban engrosar las arcas del Estado por el principio de caja único, deberá buscarse la forma que la autoridad de Hacienda destine las sumas obtenidas a planes en beneficio de la colectividad y el mejoramiento de su entorno natural.

Su cuantificación económica a todas luces presenta cierta complejidad en virtud de las dificultades existentes para determinar cuál es la medida del daño moral colectivo y la de su justa y equitativa retribución y distribución, lo anterior debido a que los bienes colectivos exceden lo individual y por tanto, los perjuicios se trasladan a todo el grupo afectado. En materia de daños colectivos extrapatrimoniales el juez no se encuentra sometido a criterios rígidos e inflexibles ni a fórmulas matemáticas que conlleven a la rigurosidad de su cuantificación, siendo la prudencia y razonabilidad con que se mida el daño lo que otorgará legitimidad a la decisión.

A todas luces, el daño moral colectivo es uno de los rubros que mayor complejidad conlleva a la actual labor jurisdiccional.

Por lo anterior, el daño moral colectivo se cuantifica, por parte de juzgador en su rol de perito de peritos, acudiendo a criterios de equidad (principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad), así como a las reglas unívocas de la ciencia, técnica, experiencia, conocimiento, la lógica y conveniencia.

El reconocimiento del daño moral colectivo de carácter ambiental en Costa Rica cuenta con un importante precedente jurisprudencial por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante la sentencia número 675 de fecha veintiuno de setiembre de 2007, dentro del expediente: 02-000682-0163-CA, dispuso que ante el daño ambiental existen tres tipo de soluciones a adoptar:

a) ante la inminencia de nuevos actos, lo primero será -a modo de medida cautelar innovativa o de no hacer-, ordenar el cese de la conducta, ya que es la mejor forma de prevenir nuevos daños y dejar que el ecosistema comience a autorepararse.

b) Para los elementos del ambiente dañados en forma reversible, es decir, los que permiten su recuperación, se deberá buscar el restablecimiento específico "in *natura*", mediante una indemnización para solventar los gastos que irrogue llevar adelante los mecanismos concretos con ese fin.

28 Artículo 22 del Código Civil.- "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso".

c) En relación a los elementos afectados en forma irreversible, deberá examinarse la posibilidad de solicitar una compensación del “*DAÑO MORAL COLECTIVO O SOCIAL*”, en la medida en que ya no podrán ser disfrutados por la comunidad, lo que implica un menoscabo a un interés general tutelable.

### III. DAÑOS PUNITIVOS AMBIENTALES

GUANZIROLI<sup>29</sup> expone respecto a los daños punitivos o “*punitive damages*”, que si bien la figura tiene un parentesco con otras equivalentes del Derecho Romano, su origen tal como se aplica en la actualidad se corresponde con el *common law* y parte de la premisa de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para desmantelar los efectos de ciertos ilícitos, sobre todo cuando el que causa el daño lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio de tal proceder.

Los daños punitivos consisten, a criterio de SIDOLI<sup>30</sup>, en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que

están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

En palabras de BESALÚ PARKINSON<sup>31</sup> se trata de un quid que se suma al daño efectivamente sufrido por la víctima; dicho en otros términos, el daño punitivo no compensa ni el daño patrimonial ni el moral; se suma a ellos para punir. Por ello, y como bien lo señala RIVERA GARCÍA<sup>32</sup>, son aquellos concedidos además de los daños realmente recibidos, como especie de castigo al demandado. Al respecto KEMELMAJER DE CARLUCCI acota que los “*punitive damages*” se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo<sup>33</sup>.

Algunos autores como HINES CÉSPEDES<sup>34</sup> muestran su desacuerdo con la traducción literal de “*punitive damages*” a “daños punitivos”, manifestando que podría llevar a confusión, en el entendido que lo que es punible no es el daño sino la cuantía de la pena que se fija a quien resulte responsable. Lo de punitivo es porque su constitución tiene la configuración de una sanción, es una pena por el incumplimiento de un deber de no causar daño a otro. De igual forma

BUSTAMANTE ALCINA manifiesta que la traducción resulta impropia ya que alude no al daño sino a la sanción del mismo o sea a la reparación. A raíz de lo anterior, coincidimos con GALDOS<sup>35</sup> en cuanto a que resulta más apropiado y preciso utilizar la expresión “sanción pecuniaria disuasiva” en vez de sanción punitiva, porque es más propia del derecho privado patrimonial y más desprovista de significación estrictamente penal.

SIDOLI<sup>36</sup> manifiesta que la figura más cercana a los daños punitivos es la multa civil, misma que constituye una barrera para quienes intenten repetir la conducta degradadora del ambiente. Este autor considera que las sanciones civiles son necesarias, ya que la clásica nota resarcitoria de la responsabilidad civil, tendiente a la internalización de los costos de las externalidades, no es suficiente factor de disuasión de actividades que afecten el medio ambiente. Aconseja la sanción a través de la reparación por daños punitivos, en los denominados “*ilícitos lucrativos*”, esto es: cuando la utilidad proveniente de la actividad vulnerante sea superior al costo del daño que la sola imposición resarcitoria obligara a indemnizar. La multa civil, presenta respecto de la multa administrativa, la ventaja de aportar las garantías propias de la órbita judicial.

A todas luces los daños punitivos poseen una finalidad estrictamente castigatoria/represiva a título de sanción civil, bajo la premisa que debe castigarse al victimario para con

ello disuadir, desaminar y desincentivar acciones u omisiones similares, encontrando similitudes y coincidencias con otras figuras punitivas propias del derecho civil y comercial tales como la cláusula penal, intereses moratorios, temeridad procesal, pérdida de garantía en medidas cautelares; así como por supuesto, con figuras represivas del derecho penal.

En palabras de SIDOLI<sup>37</sup> su función es prevenir el daño, castigando, de manera ejemplar, a quien haya cometido con un actuar descuidado, negligente o malicioso, un perjuicio socialmente relevante, que afecte el patrimonio ambiental. La multa constituirá una barrera para quienes intenten repetir esa conducta, convirtiéndose por tanto en un complemento adecuado del principio contaminador – pagador, donde el contaminador no solamente debería responder por los daños y perjuicios que ocasionen, incluyendo la reparación ecológica, sino que, además, tendrían que pagar un costo extra en concepto de multa, monto que debería ser sensiblemente superior al que generaría la inversión en nuevas tecnologías, tratamiento de emisiones y efluentes, etc.

Los daños punitivos aún no encuentran respaldo normativo ni jurisprudencial en el sistema jurídico costarricense, siendo más bien proscritos por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a la luz de la interpretación realizada del numeral 41 de la Constitución

29 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

30 Sidoli, Osvaldo Carlos, Los daños punitivos y el derecho ambiental, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

31 Besalú Parkinson, Aurora, Responsabilidad por daño ambiental, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005

32 Rivera García, Ignacio, Diccionario de Términos Jurídicos, Equity, New Hampshire, E.U.A., (1976).

33 Kemelmajer de Carlucci, Aída “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho Argentino?” en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales-Año XXXVIII Segunda época – N°. 3.-

34 Hines Céspedes, César, Virtudes y Desafíos de una jurisprudencia de la Sala Primera, Revista Judicial número 101, setiembre 2011, San José, Costa Rica, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)

35 Galdós, Jorge Mario, La sanción pecuniaria disuasiva ambiental, inédito, Buenos Aires, 2012.

36 Sidoli, Osvaldo Carlos, Los daños punitivos y el derecho ambiental, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

37 Sidoli, Osvaldo Carlos, Los daños punitivos y el derecho ambiental, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

Política, manifestando al efecto: “Conforme a la idea de reparación integral del daño que reside tras el artículo 41 de la Constitución Política, no es viable lucrar a partir de los menoscabos injustamente irrogados, pues la responsabilidad patrimonial concebida en el ordenamiento costarricense no responde a una idea ejemplarizante, o sancionadora del incumplimiento, como sí acontece en otras latitudes, sino a procurar la indemnidad del afectado, siempre que esto sea posible”<sup>38</sup>.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense sigue una línea jurisprudencial similar a la desarrollada por la Corte de Casación de Francia, misma que ha sido avalada por la mayor parte de la doctrina francesa, la cual según expone GUANZIROLI<sup>39</sup>, se ha opuesto a la aplicación de los daños punitivos, al considerar que la responsabilidad civil no debe tener una función penal y que la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño, de ser así entonces implicaría un enriquecimiento injustificado de la víctima.

Contrario a lo anteriormente expuesto respecto a Costa Rica y Francia, Suiza y Alemania le otorgan facultades al juez para

medir el quantum indemnizatorio, ponderando entre otros aspectos la gravedad de la falta cometida por el responsable, idea que también se acerca a la doctrina de los daños punitivos. Por su parte, la ley de Protección del Consumidor de Quebec en Canadá, autoriza al consumidor a reclamar “daños e intereses ejemplares” en ciertos casos de graves inconductas del empresario o productor. Mientras tanto, el derecho italiano utiliza como parámetro para cuantificar las sumas que debe abonar el contaminador “el beneficio obtenido por el transgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo al ambiente”, esto en relación con las ganancias obtenidas. Al efecto GUANZIROLI<sup>40</sup> cita fallo de la pretura de Verona: “Cualquiera sea el juicio crítico que merezca, no puede dudarse que la ley italiana ha querido dejar muy claramente establecido que el principio “el contaminador paga” no quiere decir “el que paga puede contaminar”, pues está claro que no le basta con la “internalización de la externalidad negativa” sino que tiene una verdadera función disuasoria. Por eso ha dicho la pretura de Verona, en el fallo del 1/2/1988, que la tutela prevista en el art. 18 de la ley 349/86 no sólo tiene carácter resarcitorio, sino también inhibitorio, preventivo y dinámico”

38 Resolución 420-F-S1-2012 de las 10:05 horas del 28 de marzo de 2012, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. También puede consultarse la resolución 1153-F-S1-2011 de las 9:35 horas del 3 de setiembre de dos mil 2011 de la misma Sala, sentencia que al efecto dispuso: “Si bien esto le debió generar tristeza, impotencia y enojo –entre otros sentimientos-, estima la Sala que no hay correlación entre el tiempo que duraron esas afectaciones y la indemnización concedida, que en criterio de esta Cámara debe fijarse en la suma de ₡1 000 000,00. Nótese que la finalidad de la responsabilidad civil es asegurar, hasta donde sea posible, la indemnidad del sujeto, o al menos su reparación, por lo cual la imposición de sanciones veladas, al estilo de los daños punitivos normados por otros ordenamientos, están fuera de la idea plasmada por el Constituyente en el artículo 41 supra relacionado”.

39 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

40 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

En Latinoamérica, Argentina discute actualmente el reconocimiento expreso de la sanción pecuniaria punitiva, lo anterior de conformidad con el artículo 1714 del Proyecto de ley de Código Civil y Comercial que al efecto reza: “Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Coincidimos con GUANZIROLI<sup>41</sup> respecto a que dentro de los objetivos principales de los daños punitivos se encuentran el de punir graves inconductas; prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción; restablecer el equilibrio emocional de la víctima: sería una suerte de venganza privada canalizada por vías legales; así como el de reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas.

Como aspectos especiales y esenciales a resaltar de los daños punitivos se encuentra que únicamente proceden ante daños efectivamente causados (no es suficiente actividad riesgosa), operan exclusivamente en el ámbito de los derechos de incidencia colectiva y a petición de parte (no puede ser concedidos de oficio por el juzgador), requiriendo siempre la existencia demostrada de dolo o culpa grave. La sanción pecuniaria

podría ser concurrente con la pretensión resarcitoria y la penalidad debería alcanzar un monto tal que resulte efectiva en lograr los designios para los cual fue destinada.

De esta forma, corresponde a quien demanda por daños punitivos demostrar fehacientemente que el demandado (persona física o jurídica, pública o privada) actuó con dolo o al menos con culpa grave. En cuanto al dolo este implica siempre mala voluntad, malicia, motivo perverso o un desprecio manifiesto y evidente de los derechos de los demás. Por su parte, la culpa grave conlleva una especie de negligencia grosera, temeraria, una acción u omisión cercana al dolo y la malicia. Otro elemento a destacar de la figura de los daños punitivos es la afectación necesaria a un derecho o interés de incidencia colectiva que en palabras de la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>42</sup>: “...Debo advertir que ni aun los adherentes más entusiastas de la introducción de los daños punitivos piensan que este tipo de condenas puede ser impuesta a cualquier tipo de daño, sino que debe quedar reservado para daños de fuerte impacto social (por ej., daños ambientales, causados por productos elaborados en masa, etc.)”

Si bien, tradicionalmente el destinatario o titular de la indemnización por daños punitivos en el *common law* ha sido el o los demandantes (en casos de acciones de clase), en los últimos años un importante sector de la doctrina norteamericana así como la legislación adoptada por algunos

41 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

42 Kemelmajer de Carlucci, Aida, Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Si o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico?, en Revista Chilena de Derecho, volumen 8 de 2001.

Estados de la Unión Americana han venido a cambiar esta regla estableciendo un destino mixto de la indemnización tanto particular como público<sup>43</sup>, línea que podría seguir el proyecto de ley argentino de Código Civil y de Comercio teniendo la sanción el destino que le asigne el juzgador en virtud de resolución fundada.

En cuanto a la cuantificación o valoración económica de los daños punitivos coincidimos con los parámetros para su fijación propuestos en el proyecto argentino de Código Civil y de Comercio, en el entendido que al tratarse de una multa civil el juzgador debe valorar y tomar en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras

sanciones penales o administrativas. A la vez, como bien lo señala KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>44</sup>, si el hecho causante de la sanción pecuniaria también determinó que en actuaciones administrativas, contravencionales o penales se haya aplicado una multa, ese monto debe ser tenido en cuenta por el juez para la fijación del “*quantum*” de la sanción pecuniaria disuasiva civil o ambiental para impedir que la punición se torne irrazonable por la sumatoria de la sanciones de distinta naturaleza pero similar función represiva y disuasiva.

A todas luces, los anteriores parámetros deben ser coincidentes y ser aplicados en armonía a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como con las reglas unívocas de la ciencia, técnica, experiencia, conocimiento, la lógica y conveniencia.

43 Al efecto Guanzirolí cita los siguientes ejemplos: Colorado requiere que un tercio del monto por daños punitivos sea pagado al fondo general del Estado; Florida requiere que el 35 por ciento del monto por daños punitivos vaya a rentas públicas, o, en casos de daño a la persona o muerte injusta al fondo médico de asistencia pública; Georgia obliga a que el Estado reciba un porcentaje de cualquier reclamo por daños punitivos proveniente de una demanda por responsabilidad de productos; Illinois permite al Juez dividir el monto por daños punitivos discrecionalmente entre el actor, los abogados del actor y el Departamento de Servicios de Rehabilitación del Estado; Indiana sujeta a excepciones al estatuto, asigna el 75 por ciento del monto por daños punitivos a un fondo compensatorio para víctimas de crímenes violentos; Iowa permite que el actor se quede enteramente con los montos ganados si la conducta del demandado tenía como objetivo específicamente su persona, en los demás casos, el actor puede quedarse como máximo con el 25 por ciento, el resto irá a un fondo para reparaciones civiles administrado por el Administrador de la Corte del Estado y para ser utilizado solamente para programas de indigentes en litigios civiles o programas asistenciales de seguros; Kansas divide la mitad de los montos recibidos por daños punitivos en casos de mala praxis médica al tesoro del Estado y aplica el crédito al Fondo para Estabilización del Cuidado de la Salud; Missouri asigna la mitad de lo recibido por daños punitivos, después del pago de gastos y los honorarios del abogado del actor, al Fondo de Compensación para las Víctimas de Delitos; Oregon asigna el 60 por ciento del monto por daños punitivos a una Cuenta de Compensación por Daños Intencionales; Utah asigna la mitad de lo recibido por daños punitivos que superen los 20.000 dólares al Tesoro Estatal.

44 Kemelmajer de Carlucci, Aida, Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Si o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico?, en Revista Chilena de Derecho, volumen 8 de 2001.

#### IV. ANALISIS COMPARATIVO.

Respecto a su origen y antecedentes, el daño social, así como su manifestación extrapatrimonial daño moral colectivo, fueron introducidos al bloque de legalidad costarricense a partir de la promulgación del Código Procesal Penal en el año 1996 bajo la figura genérica del “daño social”. En materia ambiental adquirieron relevancia a partir de su reconocimiento jurisprudencial por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante la emblemática e histórica sentencia 675-2007,<sup>45</sup> la cual refiriéndose a los tipos de soluciones a adoptar en esta materia dispuso: “*En relación a los elementos afectados en forma irreversible, deberá examinarse la posibilidad de solicitar una compensación del “daño moral colectivo o social”, en la medida en que ya no podrán ser disfrutados por la comunidad, lo que implica un menoscabo a un interés general tutelable*”.

Por su parte, los daños punitivos – *punitive damages* - o como bien los denomina GALDOS “sanción pecuniaria disuasoria”, si bien guardan cierto parentesco con otras figuras equivalentes del Derecho Romano, su origen se encuentra en el *common law*, y contrario a lo que sucede respecto al daño social y su dimensión extrapatrimonial daño moral colectivo, aún no encuentran respaldo normativo ni jurisprudencial en el sistema jurídico costarricense, estando más bien proscritos por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a la luz de la interpretación del numeral 41 constitucional.

Al analizar los conceptos de estas tres figuras jurídicas sería posible definir daño social, incluyendo por supuesto el daño social ambiental y siguiendo a AGUIRRE GARABITO y SIBAJA LÓPEZ como aquel menoscabo, afectación social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a éste (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado. Mientras tanto, la dimensión extrapatrimonial del daño social o daño moral colectivo de carácter ambiental, sería la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que los circunda. Por último, nos acogemos a la definición de daños punitivos que ofrece KEMELMAJER DE CARLUCCI quien acota que los “*los punitive damages*” se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo y que a la vez se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado.

En relación a su naturaleza jurídica, tanto el daño social ambiental como su subespecie

45 Sentencia número 675 de las 10:00 horas del veintiuno de setiembre de 2007, dentro del expediente: 02-000682-0163-CA, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

daño moral colectivo poseen una finalidad compensatoria/reparatoria/resarcitoria y por ello encuentran asidero jurídico en el numeral 41 constitucional, mientras que los daños punitivos poseen una naturaleza meramente castigatoria/sancionatoria a título de sanción civil, encontrando similitudes en otras figuras punitivas propias del derecho civil y comercial tales como la cláusula penal, intereses moratorios, temeridad procesal, pérdida de garantía en medidas cautelares, así como por supuesto con figuras del derecho penal. De esta forma, mientras el daño social y el daño moral colectivo tienen una finalidad compensatoria y resarcitoria de la colectividad por la violación a un derecho de incidencia colectiva de carácter ambiental, los daños punitivos según GUANZIROLI, buscan castigar graves inconductas, prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción y restablecer el equilibrio emocional de la víctima, por ello, y tal y como opina GALDOS, la “multa civil” supone un “plus”, como incentivo preventivo de conducta y como reacción jurídica ejemplar, respecto de ciertos daños que se añaden o acoplan al resarcimiento en sentido clásico (patrimonial y extrapatrimonial).

Mientras el daño social posee una connotación tanto patrimonial como extrapatrimonial, siendo ésta última lo que denominamos daño moral colectivo, los daños punitivos no podrían ser sujetos a esta clasificación en virtud a su naturaleza y finalidad castigatoria/sancionatoria.

En cuanto a la compatibilidad y posible concurrencia entre estos institutos, y ampliando el planteamiento de GALDOS<sup>46</sup>, el

daño social (patrimonial y extrapatrimonial) es compatible respecto a los daños punitivos en la medida que responden a distintos aspectos y funciones de la responsabilidad civil, pudiendo incluso acumularse, siempre y cuando el sistema jurídico así lo permita. De esta forma, la sanción pecuniaria podría ser concurrente con la pretensión resarcitoria y la penalidad debería alcanzar un monto tal que resulte efectiva en lograr los designios para los cual fue destinada. Cabe recordar que la anterior situación es imposible de acontecer en el caso costarricense al no encontrar aún sustento jurídico los daños punitivos.

Por otra parte, las tres figuras objeto de este estudio se configurarían tanto por acciones como por omisiones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, siempre y cuando se vea afectado el bienestar general por daños injustos de fuerte impacto social que afecten intereses o derechos de incidencia colectiva. Además, los daños que se generen deben ser ciertos y no hipotéticos, o sea, efectivamente causados, debiendo ser reclamados a petición de parte. En el caso del daño social y el daño moral colectivo la conducta (activa y/o omisiva) podría ser lícitas e ilícitas, mientras que tratándose de daños punitivos ésta únicamente puede ser ilícita en la medida que se exige la existencia fehaciente y comprobada de dolo o al menos culpa grave.

Cuando el derecho de incidencia colectiva vulnerado es de carácter ambiental, el esquema de legitimación para reclamar el daño social así como su dimensión extrapatrimonial - daño moral colectivo- al

amparo del artículo 50 de la Constitución Política, es amplio permitiéndole tanto a la Procuraduría General de la República como a asociaciones, fundaciones a cualquier persona (física o jurídica) ejercer acciones en su defensa y legitimación para reclamar daños ambientales en las distintas vías procesales competentes. Tratándose de daños punitivos, y debido a su naturaleza jurídica, objeto y finalidad, la legitimación activa únicamente corresponde a la víctima o afectado por la vulneración del derecho de incidencia colectiva ambiental, sea este persona física o jurídica, pero siempre de carácter privado. Situación que no sucede respecto a la legitimación pasiva, donde en las tres figuras bajo estudio podría recaer sobre todo tipo de personas ya sean físicas, jurídicas, pública y privadas.

Ya sea que se trate de daño social patrimonial o extrapatrimonial (daño moral colectivo) el destino de la indemnización obtenida debe estar afectado a un fin público en beneficio de la colectividad que vio menoscabado sus intereses de incidencia colectiva de carácter ambiental, recayendo su titularidad en fondos públicos manejados y administrados por entidades estatales quienes deberán aplicarlos e invertirlos en la recuperación, reconversión o eliminación de las causas que generaron el daño social-ambiental acaecido buscándose idealmente el beneficio de la colectividad y el mejoramiento de su entorno natural. Por su parte, si bien, tradicionalmente el destinatario o titular de la indemnización por daños punitivos en el *common law* ha sido exclusivamente el o los demandantes (en casos de acciones de clase), en los últimos años, un importante sector de la doctrina norteamericana, así como la legislación adoptada por algunos Estados de la Unión Americana, han venido

a cambiar esta regla estableciéndose un destino mixto de la indemnización tanto privado como público.

La valoración económica sobre el daño social de carácter patrimonial debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, mientras que la valoración del daño social extrapatrimonial (daño moral colectivo) con el fin de no incurrir en abusos o arbitrariedades, el juez en su calidad de perito de peritos, debe acudir y aplicar para su fijación a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad y por supuesto, basarse en las reglas de la equidad, justicia, ciencia, técnica, la lógica y conveniencia. Cabe destacar que en materia de daños colectivos extrapatrimoniales el juez no se encuentra sometido a criterios rígidos e inflexibles ni a fórmulas matemáticas que conlleven a la rigurosidad de su cuantificación, siendo la prudencia y razonabilidad con que se mida el daño lo que otorgará legitimidad a la decisión. Por su parte, la cuantificación o valoración económica de los daños punitivos, al tratarse de multa civil, al juzgador si le está permitido valorar y tomar en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

A manera de conclusión es posible afirmar que a pesar de las similitudes aquí descritas, tanto el daño social (patrimonial y extrapatrimonial) como los daños punitivos poseen naturaleza, objetivos, fines y funciones distintos, pudiendo incluso ser compatibles y acumularse, en virtud precisamente a que responden a distintos

46 Galdós, Jorge Mario, Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa, en Revista de Derecho de Daños número 6, Buenos Aires, Argentina, 1999.

aspectos y funciones de la responsabilidad civil, pudiendo convertirse entonces en un complemento adecuado del principio contaminador – pagador, en la medida que el sistema jurídico así lo permita, situación aún imposible en el ordenamiento costarricense respecto a los daños punitivos.

## BIBLIOGRAFIA

Aguirre Garabito, Ana Lucía y Sibaja López, Irina, El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones, en Revista Judicial número 101, setiembre 2011, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)

Besalú Parkinson, Aurora, Responsabilidad por daño ambiental, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005.

Cafferatta, Néstor, Prueba y nexos 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, Daño Ambiental Jurisprudencia, en Revista Jurídica La Ley. Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

Calderón Alvarado, Gilberth, El daño social que provoca la corrupción, publicado en el Periódico La Nación del 25 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.nacion.com/2012-08-25/Opinion/EI-dano-social-que-provoca-la-corrupcion.aspx>

Galdós, JORGE Mario, Derecho ambiental y daño moral colectivo, algunas aproximaciones, 1998.

Galdós, Jorge Mario, Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa, en Revista de Derecho de Daños número 6, Buenos Aires, Argentina, 1999.

Galdós, Jorge Mario, La sanción pecuniaria disuasiva ambiental, inédito, Buenos Aires, 2012.

Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

Hines Céspedes, César, Virtudes y Desafíos de una jurisprudencia de la Sala Primera, Revista Judicial número 101, setiembre 2011, San José, Costa Rica, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)

Kemelmajer de Carlucci, Aida, Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Si o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico?, en Revista Chilena de Derecho, volumen 8 de 2001.

Kemelmajer de Carlucci, Aída “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho Argentino?” en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales-Año XXXVIII Segunda época – N°. 3.-

Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, 1996. Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, 1997.

Peña Chacón, Mario, Daño Moral Colectivo de carácter ambiental, en Revista Derecho Ambiental número 25, enero marzo 2011, Editorial Abeledo Perrot, Argentina 2011, y en Revista Brasileira de Direito Ambiental, julio/setiembre 2011, año 7, número 27, Brasil., disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/rev\\_jud\\_98/completos/04\\_completo.html](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/04_completo.html)

Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparación del ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, segunda edición Editorial Investigaciones Jurídica, julio 2011, Costa Rica.

Peña Chacón, Mario, Tesis de Derecho Ambiental, Editorial Jurídica Continental S.A., primera edición octubre 2008.

Peña Chacón, Mario, Jurisprudencia sobre daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, junio 2012.

Sidoli, Osvaldo Carlos, Los daños punitivos y el derecho ambiental, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

Rivera García, Ignacio, Diccionario de Términos Jurídicos, Equity, New Hampshire, E.U.A., (1976).

Verbic, Francisco, Procesos colectivos, Editorial Astrea Buenos Aires, 2007.

# MARCO JURÍDICO Y ACCIONES ESTABLECIDAS EN COSTA RICA TENDIENTES A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

*M.P.A. Jennifer Isabel Arroyo Chacón<sup>1</sup>*

## **Resumen**

El tema de la corrupción se ha convertido en un mal generalizado en nuestros países, siendo responsabilidad de los gobiernos el luchar contra ella, razón por la cual, la república de Costa Rica ha procedido a aprobar una serie de convenios internacionales sobre el tema, donde se destaca la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción.

Asimismo, ha introducido una serie de reformas a su marco normativa tendiente a incluir nuevas normas y reformas a las existentes para que cumplan con los compromisos adquiridos en estos convenios internacionales, tales como Ley Contra la

Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y las Reformas al Código Penal. A nivel de entidades responsables se destacan la Contraloría General de la República, a la Procuraduría de la Ética Pública y a la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Rendición de Cuentas.

Finalmente, se debe destacar los esfuerzos que ha hecho Costa Rica en la materia pero aún quedan temas pendientes por resolver y cambios necesarios por introducir en su ordenamiento jurídico.

**Palabras claves:** Lucha contra la corrupción, Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción, y Delitos de corrupción.

---

<sup>1</sup> *Jennifer Isabel Arroyo Chacón*, es costarricense, Abogada, Contadora Privada Incorporada, Contadora Pública Autorizada (auditora), y Administradora Pública. Está incorporada al Colegio de Abogados, Colegio de Contadores Privados de Costa Rica y Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, Certificada en Normas Internacionales de Auditoría (NIAS).

Posee una Maestría en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica y un Diplôme d' supérieures spécialisées en Administration Publique de la Universidad de Quebec, Canadá.

Integrante de la Red de Expertos Iberoamericanos del CEDDET y ha fungido como profesora de diversos cursos en universidades públicas y privadas. Ha publicado más de una decena de artículos de diversos tópicos vinculados al Derecho, la Administración Pública y la Auditoría. Sus aportes han aparecido en prestigiosas revistas especializadas de Costa Rica, España y Brasil.

Correo electrónico: [prof.jenniferarroyo@yahoo.com](mailto:prof.jenniferarroyo@yahoo.com) o [jarroyoc@abogados.co.cr](mailto:jarroyoc@abogados.co.cr)

Linkedin: <http://cr.linkedin.com/pub/jennifer-isabel-arroyo-chac%C3%B3n/2b/ba7/217>

## I. Introducción

La lucha contra la corrupción es una tarea cuya responsabilidad recae en el Estado, como garante de la tutela de los fondos públicos, y el bienestar de la ciudadanía toda vez, que las consecuencias de las prácticas corruptas redundan en el deterioro de los servicios públicos, y por ende, de la calidad de vida de la ciudadanía.

Dentro de los múltiples aspectos que incluye la lucha contra la corrupción, un pilar fundamental es la reforma al marco jurídico aplicable, con el fin de introducir la tipificación de faltas y delitos de corrupción, y sus respectivas sanciones, para poder perseguir y sancionar las prácticas corruptas contrarias a la ética pública.

Para ello, los países están obligados a actualizar su marco normativo, tarea que ha iniciado la república de Costa Rica, de tal manera que el objetivo del presente documento es exponer los cambios que a nivel de aprobación de convenios internacionales, aprobación de leyes y reformas a las leyes existentes, ha realizado este país para adaptar su marco jurídico a las exigencias para la lucha contra la corrupción.

Igualmente, la lucha contra la corrupción ha obligado a que se le impongan estas funciones a instituciones ya existentes, tal es el caso de la Contraloría General de la República, que por ser el órgano control de la Hacienda Pública, se le ha atribuido la labor de luchar contra este mal; o bien, instaurar órganos nuevos, cuya competencia y fin último sea precisamente liderar la lucha

contra la corrupción, tema en el cual, Costa Rica a creado a la Procuraduría de la Ética Pública y a la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Rendición de Cuentas.

El presente documento, pretende exponer a grandes rasgos el sistema jurídico aplicable en Costa Rica para la lucha contra la corrupción en la función pública, con el único objetivo de dar a conocer los avances y tareas aún pendientes que posee este país en esta materia, y que el lector podrá comparar con los avances y pendientes de su país, en este importante tema, y resulta cada vez, una preocupación mundial, y no solo una problemática de un país determinado.

Finalmente, se consideran importantes este tipo de análisis pues al ser un problema común, el conocer los aciertos y desaciertos de otras latitudes, le permiten al lector identificar que acciones puede seguir su nación con el fin de replicar los aciertos y evitar los desaciertos cometidos en otras latitudes.

## II. Desarrollo

### 1. Marco Jurídico aplicable

#### 0.1 Convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción

La lucha contra la corrupción constituye uno de los pilares para promover el desarrollo en la región, por lo tanto, se han creado diversos mecanismos a nivel nacional como a nivel internacional.

Dentro de los instrumentos internacionales emitidos en esta materia se pueden citar los siguientes:

Convenios internacionales en materia de lucha contra la corrupción en al función pública			
Nombre del convenio	Organización Internacional	Año	Países que lo integran
Convención Interamericana contra la Corrupción	<b>Organización de Estados Americanos (OEA)</b>	1997	Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (34 Estados, salvo Cuba, que es miembro de la OEA pero cuya participación está vetada desde 1962), y posibilidad de adhesión de cualquier otro Estado.
Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción	Organización Europea de Cooperación Económica ( <b>OCDE</b> )	1999	Los 30 países de la OCDE y 6 países que no son miembros (Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile, Eslovenia y Estonia). Se están estudiando otras solicitudes de adhesión.
Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa	<b>Consejo de Europa</b>	2002	Todos los Estados miembros del Consejo de Europa y 6 países no miembros (Belarús, Canadá, EE.UU., Japón, México y la Santa Sede). Se puede invitar a incorporarse a los Estados miembros de la UE y otros Estados.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	<b>Organización de las Naciones Unidas</b>	2003	Todos los países y organizaciones económicas regionales
Convenio civil sobre corrupción del Consejo de Europa	<b>Consejo de Europa</b>	2003	Estados miembros del Consejo de Europa; Estados no miembros que participaron en la redacción del proyecto; otros Estados no miembros previa invitación.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	<b>Organización de las Naciones Unidas</b>	2005	Todos los países y organizaciones económicas regionales
Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción	<b>Unión Africana (UA)</b>	4 de agosto de 2006	Estados miembros de la Unión Africana (53)

Tabla N° 1

De estos instrumentos, se considera relevante, por el impacto que ha tenido en la legislación costarricense, estudiar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción.

## 0.2 Convención Interamericana de lucha contra la corrupción

### 2. Antecedentes

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue suscrita en Caracas, Venezuela, en marzo de 1996. Costa Rica firmó este documento el 29 de marzo de 1996 y fue ratificado por la Asamblea Legislativa el 9 de mayo de 1997.

Esta Convención reconoce la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla, y consecuentemente con esta motivación, se fijaron dos propósitos:

- Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

- Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

La Convención establece obligaciones vinculantes dentro del marco del derecho internacional e identifica los actos de corrupción a los que se aplicará, así como principios para

combatirla eficazmente. Subraya la importancia de las medidas para prevenirla; aborda el desarrollo institucional y la aplicación efectiva de las medidas que se adopten para enfrentarla; exige la tipificación de ciertas conductas corruptas específicas; y contiene disposiciones sobre extradición, incautación de activos, asistencia jurídica recíproca y asistencia técnica en casos de corrupción que ocurran en otros Estados Parte o que los afecten.

Igualmente, el 4 de junio de 2001, Costa Rica acepta el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) que es un instrumento de carácter intergubernamental establecido en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) para apoyar a los Estados que son parte del mismo en la implementación de las disposiciones de esta Convención, mediante un proceso de evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, en donde se formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances.

Dentro de los propósitos del MESICIC están:

- Promover la implementación de la Convención y contribuir al logro de sus propósitos;
- Dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte y analizar la forma en que están siendo implementados; y
- Facilitar la realización de actividades de cooperación técnica; el intercambio de información, experiencia y prácticas óptimas; y la armonización de las legislaciones de los Estados Parte.

El MESICIC se desarrolla en el marco de los propósitos establecidos en la Carta de

la OEA y observa, además, los principios de soberanía, no intervención e igualdad jurídica de los Estados. Es imparcial y objetivo en su operación y conclusiones, no sanciona, ni califica o clasifica a los Estados sino que fortalece la cooperación entre éstos. El MESICIC busca establecer un adecuado equilibrio entre la confidencialidad y la transparencia en sus actividades. Y si bien es de carácter intergubernamental, puede recibir contribuciones de organizaciones de la sociedad civil.

### 3. Contenido de la Convención

La Convención establece un conjunto de medidas preventivas para disminuir la comisión de actos ilícitos en la función pública, igualmente, prevé la tipificación como delitos de determinados actos de corrupción, incluyendo el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito. Además, contiene una serie de disposiciones para fortalecer la cooperación entre sus Estados Parte en áreas tales como asistencia jurídica recíproca y cooperación técnica, extradición e identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de actos de corrupción, entre otras.

Entre las áreas más importantes que se engloban en esta convención podemos citar las siguientes:

- Participación en Gestión Pública (Participación Sociedad Civil)
- Consulta (Participación Sociedad Civil)
- Acceso a la Información (Participación Sociedad Civil)
- Órganos de Control
- Declaración de Activos
- Obligación de Denunciar (Normas de Conducta)

- Seguimiento de la Gestión Pública (Participación Sociedad Civil)
- Recursos Públicos (Normas de Conducta)
- Conflictos de Intereses (Normas de Conducta)
- Asistencia y Cooperación
- Contratación de Funcionarios Públicos
- Adquisición de bienes y servicios
- Protección a los que Denuncien Actos de Corrupción
- Tipificación de Actos de Corrupción
- Legislaciones Nacionales

### 4. Avances en la implementación de esta Convención

Desde que Costa Rica ratificó esta convención, ha venido desarrollando una serie de actividades con el fin de cumplir con los requerimientos que le exigía este instrumento, entre las cuales se pueden citar las siguientes:

1. Promulgación de la Ley Núm. 8422 del 6 de octubre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública; así como su respectivo reglamento mediante el Decreto Ejecutivo No. 34409-MP-J del 19 de marzo de 2008.
2. Implementación por parte de la Contraloría General de la República del Sistema de Información de Registro de Sanciones de la Hacienda Pública (SIRSA), que es un registro de acceso público de todas las sanciones que emite el órgano contralor.
3. Creación de la Procuraduría de la Ética Pública, como órgano garante de la atención de denuncias de actuaciones contrarias a la ética pública.
4. Reformas al Código Penal para introducir delitos específicos de actos de corrupción en la función pública.

Dichos avances han implicado grandes reformas y reestructuraciones a lo interno del Estado costarricense, cuyas implicaciones se analizarán más adelante.

### 0.3 Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción

#### a. Antecedentes

La Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción, fue firmada en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 9 de diciembre de 2005, y ratificada por Costa Rica mediante la Ley Núm. 8557 del 29 de noviembre del 2006.

Este instrumento constituye el más amplio acuerdo en la lucha contra la corrupción existente a nivel internacional, con más de 70 artículos, que regulan de forma extensa y puntual aspectos relacionados con la corrupción, la prevención, combate y por supuesto, disposiciones referidas a la cooperación. Asimismo, considera las diferentes aristas del fenómeno de la corrupción, desarrolla aspectos que no estaban tratados en otras convenciones, mejora y profundiza sobre otros, como por ejemplo respecto a mecanismos de prevención, la definición de las conductas que constituyen

delitos de corrupción y el tratamiento del tema de la recuperación de activos.

Lo anterior, le otorga gran importancia como instrumento para el combate de la corrupción, no sólo por su universalidad, sino por la forma tan completa en que trata este fenómeno.

Como objetivos de este instrumento se establecieron los siguientes:

- Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

#### b. Contenido

Dada la complejidad de la materia, y la forma tan completa con que se ha elaborado este instrumento, su contenido es amplio, entre los aspectos más relevantes están:

Contenido de la Convención de las Naciones Unidas para la Corrupción			
Artículo	Aspecto que regula	Artículo	Aspecto que regula
5	Políticas y prácticas de prevención de la corrupción	34	Consecuencias de los actos de corrupción
6	Órgano u órganos de prevención de la corrupción	35	Indemnización por daños y perjuicios
8	Códigos de conducta para funcionarios públicos	36	Autoridades especializadas
9	Contratación pública y gestión de la hacienda pública	37	Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley
10	Información pública	38	Cooperación entre organismos nacionales
11	Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público	39	Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado
12	Sector privado	40	Secreto bancario
13	Participación de la sociedad	41	Antecedentes penales
14	Medidas para prevenir el blanqueo de dinero	42	Jurisdicción
15	Soborno de funcionarios públicos nacionales	43	Cooperación internacional
16	Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas	44	Extradición
17	Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público	45	Traslado de personas condenadas a cumplir una pena
18	Tráfico de influencias	46	Asistencia judicial recíproca
19	Abuso de funciones	47	Remisión de actuaciones penales
20	Enriquecimiento ilícito	48	Cooperación en materia de cumplimiento de la ley
21	Soborno en el sector privado	49	Investigaciones conjuntas
22	Malversación o peculado de bienes en el sector privado	50	Técnicas especiales de investigación
23	Blanqueo del producto del delito	52	Prevención y detección de transferencias del producto del delito

24	Encubrimiento	53	Medidas para la recuperación directa de bienes
25	Obstrucción de la justicia	54	Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso
26	Responsabilidad de las personas jurídicas	55	Cooperación internacional para fines de decomiso
27	Participación y tentativa	56	Cooperación especial
28	Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito	57	Restitución y disposición de activos
29	Prescripción	58	Dependencia de inteligencia financiera
30	Proceso, fallo y sanciones	59	Acuerdos y arreglos bilaterales y multilaterales
31	Embargo preventivo, incautación y decomiso	60	Capacitación y asistencia técnica
32	Protección de testigos, peritos y víctimas	61	Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la corrupción
33	Protección de los denunciantes	62	Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica

Tabla N° 2

Las anteriores medidas deben ser adaptadas por cada uno de los estados parte, a la su normativa nacional, pero sin duda constituye un gran avance para legislaciones como la costarricense en donde la lucha contra la corrupción, aún resulta un tema, y la recuperación de activos producto de este tipo de actos se encuentra en sus primeras fases.

#### 0.4 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

##### a. Antecedentes

La Ley Núm. 8422 del 6 de octubre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se promulgo

como consecuencia de la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de los países miembros de la Organización de Estados Americanos, explicada líneas atrás, como un instrumento para introducir en la legislación los compromisos señalados en dicho texto.

Esta ley sustituyó la Ley Núm. 6872 de 1983, Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, la cual no se ajustaba a las necesidades actuales en la materia de lucha contra la corrupción en la función pública.

El fin que persigue esta Ley, es básicamente combatir la corrupción, como un mal que deteriora los cimientos de la institucionalidad

costarricense, ya que opera en contraposición a los intereses de la ciudadanía y por lo tanto, erosiona el buen y eficaz ejercicio de la función pública.

##### b. Contenido

Esta normativa incluye medidas preventivas, detectivas y sancionatorias de los actos de corrupción, dentro de las cuales se destaca por su importancia el numeral 38 de esta ley, pues establece de manera expresa las faltas que serán causales de responsabilidad administrativa. Literalmente dice:

**Artículo 38.—Causales de responsabilidad administrativa.** Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:

- a) Incumpla el régimen de prohibiciones e incompatibilidades establecido en la presente Ley.
- b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público. Sin que esta ejemplificación sea taxativa, se incluyen en el supuesto los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin

separarse del conocimiento de asuntos en los que se encuentre interesado el posible empleador.

c) Se favorezca él, su cónyuge, su compañera o compañero, o alguno de sus parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, por personas físicas o jurídicas que sean potenciales oferentes, contratistas o usuarios de la entidad donde presta servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de esta misma Ley.

d) Debilite el control interno de la organización u omita las actuaciones necesarias para su diseño, implantación o evaluación, de acuerdo con la normativa técnica aplicable.

e) Infrinja lo dispuesto en el artículo 20 de esta Ley, en relación con el régimen de donaciones y obsequios.

f) Con inexcusable negligencia, asesore o aconseje a la entidad donde presta sus servicios, a otra entidad u órganos públicos, o a los particulares que se relacionen con ella.

g) Incurra en culpa grave en la vigilancia o la elección de funcionarios sometidos a sus potestades de dirección o jerarquía, en cuanto al ejercicio que estos hayan realizado de las facultades de administración de fondos públicos.

h) Omita someter al conocimiento de la Contraloría General de la República los presupuestos que requieran la aprobación de esa entidad.

i) Injustificadamente, no presente alguna de las declaraciones juradas a que se refiere esta Ley si, vencido el plazo para su entrega, es prevenido una única vez por la Contraloría General de la República para que en el plazo de quince días hábiles cumpla con su presentación.

j) Incurra en falta de veracidad, omisión o simulación en sus declaraciones de situación patrimonial.

k) Retarde o desobedezca, injustificadamente,

el requerimiento para que aclare o amplíe su declaración de situación patrimonial o de intereses patrimoniales, dentro del plazo que le fije la Contraloría General de la República.

l) Viole la confidencialidad de las declaraciones juradas de bienes.

m) Perciba, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, retribuciones, honorarios o beneficios patrimoniales de cualquier índole, provenientes de personas u organizaciones que no pertenezcan a la Administración Pública, por el cumplimiento de labores propias del cargo o con ocasión de estas, dentro del país o fuera de él.

n) Incumpla la prohibición del artículo 17 de la presente Ley para ejercer cargos en forma simultánea en la Administración Pública.

ñ) Incurra en omisión o retardo, grave e injustificado, de entablar acciones judiciales dentro del plazo requerido por la Contraloría General de la República. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2005)

Igualmente, resulta de gran importancia el artículo 39 de esta ley, pues señala las faltas que podrán ser aplicables a quienes incurran en alguna de las faltas enlistadas en el numeral anterior.

**Artículo 39.—Sanciones administrativas.** Según la gravedad, las faltas anteriormente señaladas serán sancionadas así:

a) Amonestación escrita publicada en el Diario Oficial.

b) Suspensión, sin goce de salario, dieta o estipendio correspondiente, de quince a treinta días.

c) Separación del cargo público, sin responsabilidad patronal o cancelación de la credencial de regidor municipal, según corresponda. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2005)

Todo lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran imputárseles a los funcionarios involucrados por la comisión de estas faltas.

Finalmente, se debe señalar que esta ley constituyó un importante avance para la legislación costarricense, pues vino a tipificar actos de corrupción que antes quedaban impunes por no estar expresamente prohibidos, y le abrió un abanico de posibilidades a la Contraloría General de la República, para que pudiera ejercer adecuadamente su potestad sancionatoria.

### c. Delitos

Dentro de los aspectos más importantes que introduce esta normativa, esta la tipificación como delitos de diversos actos de corrupción que antes no se encontraban en la legislación costarricense, tales como:

Delitos introducidos en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.			
Artículo	Delito	Artículo	Delito
45	Enriquecimiento ilícito	54	Apropiación de bienes obsequiados al Estado
46	Falsedad en la declaración jurada	55	Soborno transnacional
47	Receptación, legalización o encubrimiento de bienes	56	Reconocimiento ilegal de beneficios laborales
48	Legislación o administración en provecho propio	57	Influencia en contra de la Hacienda Pública.
49	Sobrepago irregular	58	Fraude de ley en la función administrativa.
50	Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados.	59	Inhabilitación
51	Pago irregular de contratos administrativos	60	Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas
52	Tráfico de influencias	61	Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito
53	Prohibiciones posteriores al servicio del cargo.	62	Prescripción de la responsabilidad penal

Tabla No. 3

La introducción de estos delitos permite poseer mayores instrumentos para sancionar la comisión de actos de corrupción en la función pública e imponer penas que van desde sanciones económicas hasta cárcel.

### 0.5 Reformas al Código Penal

Se reformaron tres artículos del Código Penal, con el fin de actualizarlos a los requerimientos actuales y con miras a hacerlos más efectivos en la lucha contra la corrupción.

Tales numerales se refieren al artículo 345, que sanciona al sujeto privado que ofrezca u otorgue una dádiva o ventaja a un funcionario

público. Textualmente, dicho numeral, quedó de la siguiente manera (Asamblea Legislativa, 1970): *“Artículo 345.—Penalidad del corruptor. Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida”*.

Asimismo, se mejora la redacción del artículo 354 para tipificar correctamente el delito de peculado en la función pública, quedando de la siguiente manera:

**Artículo 354: Peculado.** Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o

custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.

Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión. (Asamblea Legislativa, 1970)

Así como, la figura de la malversación aplicable tanto a los funcionarios públicos como a los privados que participen de este tipo de actos, y que textualmente dice:

Artículo 356.—Malversación. Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio. (Asamblea Legislativa, 1970)

En síntesis, el marco normativo directamente relacionado con la lucha contra la corrupción en Costa Rica se compone de la siguiente manera:

Grafico No. 1

	<p><b>Tratados Internacionales</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Convención Interamericana de lucha contra la corrupción.</li> <li>● Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción.</li> </ul>
	<p><b>Leyes nacionales</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.</li> <li>● Reformas al Código Penal.</li> </ul>

Fuente: Creación propia

## 5. Actores en el ejercicio de la Lucha contra la corrupción

### 1.1 Procuraduría de la Ética Pública

## 6. Antecedentes

Como parte de las acciones implementadas a nivel internacional se ha recurrido a crear oficinas de la ética pública, ejemplos de países que poseen estas oficinas están: Colombia, Ecuador, Uruguay, Panamá, Perú, Honduras, México y otras. Igualmente, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción, como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción establece el compromiso de los Estados que las ratifican de crear este tipo de oficinas.

La Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo III se dispone que:

...Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas...

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 6, expresa que:

...Órgano u órganos de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de

su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:

- a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;
- b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción...

Dentro de las principales funciones que posee la oficina de la ética pública están:

- Elaborar programas de prevención de la corrupción y de promoción de la transparencia en la gestión pública.
- Asesorar y coordinar con los organismos del Estado la implementación de políticas o programas preventivos de hechos de corrupción.
- Diseñar y desarrollar proyectos de educación, concientización, fortalecimiento de valores y principios y promoción de una nueva cultura de responsabilidad social y defensa de lo público, dirigidos tanto a la comunidad en general como a los sectores privado y público.
- Detectar conflictos de intereses e incompatibilidades.
- Denunciar actos de corrupción.
- Estimular la participación activa de la sociedad en la prevención y lucha contra la corrupción.
- Impulsar la realización de estudios o evaluaciones, con miras a establecer las principales causas de corrupción o ineficiencia en materia administrativa.

- Sistema de declaraciones juradas de bienes.

## 7. Atribuciones de la Procuraduría de la Ética Pública

En Costa Rica, se crea la Procuraduría de la Ética Pública por medio de la Ley Núm. 8242 del 09 de abril de 2002, denominada “Ley de Creación de la Procuraduría de la Ética Pública” en donde se adicionó como una dependencia de la Procuraduría General de la República, y se le incorporaron las funciones de velar por la ética pública, de la siguiente manera: (Asamblea Legislativa, 2002)

Artículo 3º—

g) Defender a los servidores del Estado cuando se siga causa penal contra ellos por actos o hechos en que participen en el cumplimiento de sus funciones. En ningún caso podrá defenderse a servidores que hayan cometido delito contra los intereses de la Administración Pública o hayan violado los derechos humanos, o cuando se trate de ilícitos cuyo conocimiento corresponda a la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública.

h) Realizar las acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y erradicar la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública, sin perjuicio de las competencias que la ley le otorga a la Contraloría General de la República, así como denunciar y acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas cuyo proceder exprese actos ilícitos vinculados con el ejercicio de su cargo o con ocasión de este, en las materias competencia de

la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública. En el caso de personas privadas, la competencia de la Procuraduría se ejercerá únicamente cuando estos sujetos administren por cualquier medio bienes o fondos públicos, reciban beneficios provenientes de subsidios o incentivos con fondos públicos o participen, de cualquier manera, en el ilícito penal cometido por los funcionarios públicos. Lo anterior sin perjuicio de su deber de poner tales hechos y conductas en conocimiento de las respectivas instancias administrativas de control y fiscalización, para lo que corresponda en su ámbito de competencia. (Asamblea Legislativa, 2002)

Se le asignaron las siguientes funciones:

- Realizar las acciones administrativas necesarias para:
  - Prevenir, detectar y erradicar la corrupción.
  - Incrementar la ética y la transparencia en la función pública.
- Denunciar y acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas por actos de corrupción.

La Procuraduría de la Ética Pública constituye un actor importante en la lucha contra la corrupción y promover de la ética pública; no obstante, dentro de sus debilidades está el que sus informes carezcan de potestad impositiva, de tal manera, que constituyen meras recomendaciones y las administraciones involucradas no están obligadas a acatar lo señalado por esta oficina.

Igualmente, carecen de potestad sancionatoria con lo cual poseen instrumentos para sancionar a los funcionarios que han

cometido actos de corrupción, pudiendo únicamente trasladar sus investigaciones a dependencias que si poseen potestades sancionatorias, tales como el Ministerio Público para presentar el caso a nivel penal, o bien a la Contraloría General de la República.

## 1.2 Contraloría General de la República

### a. Potestades de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es uno de los actores más importantes en la lucha contra la corrupción y en promover la transparencia y rendición de cuentas en la función pública. Según el artículo 183 constitucional, el órgano contralor es el órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa encargado de fiscalizar el origen y uso de los fondos públicos. Dicho numeral textualmente dice:

*ARTÍCULO 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.*

*La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.*

*El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos*

*terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1949)*

Asimismo, el artículo 4 de la Ley Núm. 7428 del 7 de setiembre de 1994, denominada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece el ámbito de competencia del órgano contralor en los diversos sectores que competen el Sector Público, el cual es amplio y diverso, pero que siempre mantiene la potestad de control y fiscalización del órgano contralor en materia de administración de fondos públicos.

## ARTICULO 4.- AMBITO DE SU COMPETENCIA

La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.

La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

- Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.
- Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley.
- Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses, dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aun cuando hayan

sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.

d) Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.

e) Si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera de las contempladas en este artículo y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá según los siguientes principios:

i) El control se efectuará a posteriori, para verificar el cumplimiento de su propia normativa.

ii) *No comprenderá aspectos de la organización administrativa del ente ni de la actividad propia de su giro ordinario.*

iii) *No les serán aplicables la Ley de Administración Financiera de la República, ni el Reglamento de la Contratación Administrativa; tampoco deberán presentar, a la Contraloría, presupuestos para su aprobación.*

iv) *El respeto al secreto y a la confidencialidad bancarios, de conformidad con la Constitución Política y con la ley.*

v) *El respeto al ámbito de competencia de entidades fiscalizadoras o contraloras, a que se encuentren sujetos los entes en sus respectivos países.*

vi) *Las funciones de fiscalización encomendadas actualmente por ley a otras autoridades fiscalizadoras, las seguirán ejecutando estas, en la materia propia de su competencia.*

vii) *El respeto a los regímenes de auditoría a los cuales estén sometidos, sin que quepan conflictos de competencia con los jerarcas de esas entidades extranjeras, en cuanto a las directrices, las normas y los procedimientos de auditoría vigentes en los respectivos países.*

viii) *El ejercicio de su competencia por parte de la Contraloría no modifica la naturaleza jurídica ni la nacionalidad del ente u órgano. Se entenderá por sujetos pasivos los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con este artículo.*

*Los criterios que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización. (Asamblea Legislativa, 1994)*

Asimismo, posee la “potestad de investigar” cualquier actuación administrativa a fin de determinar si se ha presentado alguna falta o comisión de un acto de corrupción, consagrada en el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

#### **b. Sanción de actos de corrupción**

La potestad de investigación que posee el órgano contralor carecería de impacto si no viniera acompañada de la “potestad para ordenar y recomendar sanciones”, contemplada en el artículo 68 de su Ley Orgánica, que en lo que interesa dice:

#### **ARTICULO 68.- POTESTAD PARA ORDENAR Y RECOMENDAR SANCIONES**

La Contraloría General de la República, sin perjuicio de otras sanciones previstas por ley, cuando en el ejercicio de sus potestades de-

termine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en esta Ley o ha provocado lesión a la Hacienda Pública, recomendará al órgano o autoridad administrativa competente, mediante su criterio técnico, que es vinculante, la aplicación de la sanción correspondiente de acuerdo con el mérito del caso. La Contraloría formará expediente contra el eventual infractor, garantizándole, en todo momento, un proceso debido y la oportunidad suficiente de audiencia y de defensa en su favor.

La autoridad competente del sujeto pasivo requerido deberá cumplir, dentro del plazo que le establezca la Contraloría, con la recomendación impartida por esta; salvo que, dentro del término de ocho días hábiles contados a partir de la comunicación del acto, se interponga una gestión de revisión, debidamente motivada y razonada, por parte del jerarca del sujeto pasivo requerido. En este caso y una vez resuelta la gestión indicada, deberá cumplir, sin dilación, con lo dispuesto en el pronunciamiento técnico jurídico final de la Contraloría, so pena de incurrir en el delito de desobediencia, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en esta Ley.

La expiración del plazo fijado por la Contraloría General de la República para que el sujeto pasivo imponga la sanción ordenada, no

hará prescribir, por sí, la responsabilidad del servidor ni caducar el derecho del sujeto pasivo a imponer dicha sanción, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en esta Ley.

El derecho de la Contraloría General de la República a ejercer, en el caso concreto, la potestad para recomendar u ordenar la aplicación de sanciones prescribirá en el término de dos años contados a partir de la iniciación del expediente respectivo.

El inicio del expediente se entenderá con la orden de la oficina competente de la Contraloría para comenzar la investigación del caso, en relación con determinados servidores. (Asamblea Legislativa, 1994)

Esta norma le permite tramitar un procedimiento disciplinario contra los funcionarios que producto de la investigación realizada presuntamente vulneraron el ordenamiento jurídico y ordenar que se le imponga una sanción.

Adiciembre del 2011, el órgano contralor había resuelto 387 procedimientos disciplinarios con base a las faltas tipificadas en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, lo cual corresponde al 73% de la totalidad de procedimientos iniciados, cuyo detalle por año se muestra en la siguiente tabla:

<b>Causales</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>Total por clasificación</b>
Procedimientos abiertos por otras faltas	13	23	22	25	33	24	140
Procedimientos abiertos por faltas vinculadas a la Ley contra la corrupción	26	131	40	50	91	49	387
<b>Total por año</b>	<b>39</b>	<b>154</b>	<b>62</b>	<b>75</b>	<b>124</b>	<b>73</b>	<b>527</b>

Tabla No. 4

### 1.3 Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción del Ministerio Público

#### a. Antecedentes

La Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción se creó con la idea de formar una fiscalía especializada en la investigación de actos de corrupción en la función pública. Esta oficina surge en noviembre del 2000, e inició funciones en enero del 2011, por medio de una circular del Fiscal General de la República.

Esta Fiscalía Adjunta asume aquellos asuntos de todo el país que pasan un filtro de tres criterios: por la forma en que se dio el crimen (objetivo), el cargo del funcionario (subjeto) y los efectos del hecho en la colectividad, cause alarma o ponga en peligro la institucionalidad del país. Le corresponden además, aquellos casos en los que figure como imputado un funcionario del Poder Judicial.

#### b. Funciones de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción

Dentro de las funciones que posee la Fiscalía Adjunta de Probidad, están:

- Prevenir la corrupción en los funcionarios del Ministerio Público y auxiliares de la persecución penal.
- Investigar y llevar a juicio las causas penales de delitos de corrupción donde figure como imputado un funcionario del Ministerio Público o cualquier otro auxiliar de la persecución penal, oficiales del Organismo de Investigación Judicial, jueces de la República y demás funcionarios públicos.
- Inculcar en el personal del Ministerio Público los valores institucionales

- Fomentar la aplicación de valores en armonía con la visión de la institución
- Impulsar el uso de «buenas prácticas» en el Ministerio Público
- Fomentar una cultura de servicio público desde la visión antropocéntrica
- Aplicar de manera eficiente, justa y objetiva, el sistema de consecuencias previstas para los funcionarios del Ministerio Público.
- Instaurar las políticas de transparencia activa y pasiva.
- Establecer las políticas de probidad en el Ministerio Público.

Igualmente, le competen los casos de delitos funcionales de corrupción de Jueces, Fiscales, Investigadores del Organismo de Investigación Judicial y otros funcionarios judiciales, a su vez, es competente en delitos funcionales en el ejercicio del cargo según las estipulaciones de la Ley de Jurisdicción Penal de Hacienda.

#### c. Tipos penales bajo su competencia

En el memorándum 01-2011 del 16 de agosto del 2011, en donde se instaura la Fiscalía Adjunta de Probidad, se le otorga competencia para conocer los siguientes delitos, tipificados en el Código Penal y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Ahora bien, ello no quiere decir que esta Fiscalía no pueda conocer delitos que puedan instaurarse en el futuro sobre estos temas, siempre que se encuentren dentro de su competencia.

No obstante, se enlistan los principales delitos tipificados en el ordenamiento jurídico costarricense para perseguir y sancionar los actos de corrupción en la función pública.

II Corrupción de Funcionarios del Título XV del Código Penal.	
Artículo 340 Cohecho impropio	Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 338 al 340)
Artículo 341 Cohecho propio	Será reprimido, con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones. (Así reformado por el artículo 251 de la Ley N° 7331 de 13 de abril de 1993) (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 339 al 341)
Artículo 342 Corrupción Agravada	Si los hechos a que se refieren los dos artículos anteriores tuvieren como fin el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o la celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, la pena de prisión será: 1) En el caso del artículo 338*, de uno a cinco años; *(NOTA DE SINALEVI: debido a modificación efectuada por la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que corrió su numeración, el artículo 338 actualmente corresponde al 340). 2) En el caso del artículo 339*, de tres a diez años. *(NOTA DE SINALEVI: debido a modificación efectuada por la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que corrió su numeración, el artículo 339 actualmente corresponde al 341). (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 340 al 342)
Artículo 343 Aceptación de dádiva por un acto cumplido	Será reprimido, según el caso, con las penas establecidas en los artículos 338 y 339 disminuidas en un tercio, el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 341 al 343)

Artículo 344 Corrupción de Jueces	En el caso del artículo 339*, la pena será de cuatro a doce años de prisión, si el autor fuere Juez o un árbitro y la ventaja o la promesa tuviere por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo. Si la resolución injusta fuere una condena penal a más de ocho años de prisión, la pena será de prisión de cuatro a ocho años. *(NOTA DE SINALEVI: debido a modificación efectuada por la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que corrió su numeración, el artículo 339 actualmente corresponde al 341). (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 342 al 344)
Artículo 345,49 Penalidad del Corruptor	Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé, ofrezca o prometa a un funcionario público una dádiva o ventaja indebida.
Artículo 345 bis Supuestos para aplicar penas	Las penas previstas en los artículos del 340 al 345 se aplicarán también en los siguientes supuestos: a) Cuando la dádiva, ventaja indebida o promesa sea solicitada o aceptada por el funcionario, para sí mismo o para un tercero. b) Cuando el funcionario utilice su posición como tal, aunque el acto sea ajeno a su competencia autorizada.
Artículo 346 Enriquecimiento Ilícito	Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo;
Artículo 347 Negociaciones Incompatibles	Sera reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario publico que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario publico que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para si o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales. En igual forma ser sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo.”

<b>III Concusión y exacción del Título XV del Código Penal.</b>	
Artículo 348 Concusión	Se impondrá prisión de dos a ocho años, el funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial.
Artículo 349 Exacción Ilegal	Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponden. (
<b>V Peculado y malversación</b>	
Artículo 354 Peculado	Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella. Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.
Artículo 356 Malversación de fondos públicos	Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.
<b>Delitos contemplados en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.</b>	
Artículo 45 Enriquecimiento Ilícito	Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.
Artículo 46 Falsedad en la declaración jurada	Será reprimido con prisión de seis meses a un año, quien incurra en falsedad, simulación o encubrimiento al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de la República.

<p>Artículo 47 Receptación, legalización o encubrimiento de bienes.</p>	<p>Será sancionado con prisión de uno a ocho años, quien oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera o dé apariencia de legitimidad a bienes o derechos, a sabiendas de que han sido producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de un funcionario público, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda.</p>
<p>Artículo 48 Legalización o Administración en provecho propio.</p>	<p>Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social. Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.</p>
<p>Artículo 49 Sobreprecio Irregular</p>	<p>Será penado con prisión de tres a diez años, quien, por el pago de precios superiores o inferiores - según el caso- al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los demás entes y las empresas públicas, las municipalidades y los sujetos de derecho privado que administren, exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión.</p>
<p>Artículo 51 Pago Irregular de Contratos Administrativos</p>	<p>Será penado con prisión de uno a tres años, el funcionario público que autorice, ordene, consienta, apruebe o permita pagos, a sabiendas de que se trata de obras, servicios o suministros no realizados o inaceptables por haber sido ejecutados o entregados defectuosamente, de acuerdo con los términos de la contratación, o en consideración de reglas unívocas de la ciencia o la técnica.</p>

<p>Artículo 52 Trafico de Influencias</p>	<p>Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro. Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior. Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.</p>
<p>Artículo 55 Soborno transnacional</p>	<p>Será sancionado con prisión de dos a ocho años, quien ofrezca u otorgue a un funcionario de otro Estado, cualquiera que sea el nivel de gobierno o entidad o empresa pública en que se desempeñe, o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución o ventaja indebida, ya sea para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario, utilizando su cargo, realice, retarde u omita cualquier acto o, indebidamente, haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes. La misma pena se aplicará a quien solicite, acepte o reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.</p>
<p>Artículo 57 Influencia en contra de la Hacienda Pública</p>	<p>Serán penados con prisión de dos a ocho años, el funcionario público y los demás sujetos equiparados que, al intervenir en razón de su cargo, influyan, dirijan o condicionen, en cualquier forma, para que se produzca un resultado determinado, lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público, o se utilice cualquier maniobra o artificio tendiente a ese fin.</p>

Tabla No. 5

## 8. Acciones pendientes por implementar

### 2.1 Acciones a nivel normativo.

Si bien, la aprobación de los instrumentos legales anteriormente citados corresponden a un esfuerzo importante de Costa Rica por actualizar su normativa y hacerla acorde a las necesidades actuales, y al papel que como país debe desempeñar en la lucha contra la corrupción, aún falta mucho trabajo por hacer en el ámbito normativo, pues se sigue careciendo de importantes reformas legales, tales como, las que se citan a continuación:

1. Resulta urgente aprobar una Ley de Transparencia que defina que debe entenderse por información pública, cómo se debe rendir esta información de manera que realmente sea de utilidad para la ciudadanía, y establezca sanciones para quienes incumplan con sus disposiciones.
2. En materia de instrumentos jurídicos, Costa Rica, aún no ha avanzado con la recuperación de los bienes producto del acto de corrupción a favor del Estado, lo cual es uno de los objetivos principales de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción, por lo tanto, se requiere aprobar las reformas legales correspondientes para poder instruir esta práctica dentro del ordenamiento jurídico costarricense.
3. La Fiscalía Adjunta de Probidad, Traspereancia y Rendición de Cuentas cumple un rol fundamental en la lucha contra la corrupción, no obstante, se creación posee una base jurídica muy débil, pues la misma se basa en una circular del Fiscal General, la cual le da las atribuciones y competencias, de tal manera, que resulta recomendable dotar

a este ente de un instrumento legal más sólido que conforme su función en la lucha contra la corrupción.

4. Dotar de mayores potestades a la Contraloría General de la República para poder investigar correctamente los casos de corrupción pública, que por su naturaleza son difíciles de detectar y probar, por lo que se requiere otorgarle mayores potestades al órgano contralor en esta materia.
5. Reformar la Ley que crea la Procuraduría de la Ética Pública, para darle carácter vinculante a los informes que emite, pues hasta la fecha, estos constituyen meras recomendaciones con lo cual, se le quita poder al este órgano de control, dejando como una figura con importantes funciones pero sin las atribuciones correspondientes para hacerlo.

### 2.2 Acciones a nivel administrativo

En los apartados anteriores, se enlistaron los avances que ha realizado Costa Rica a nivel normativo para luchar contra la corrupción; no obstante, en el ámbito administrativo aún quedan muchas tareas por hacer, tales como:

1. Lograr una mejor articulación entre el trabajo que realizan los entes de control que poseen dentro de sus funciones la lucha contra la corrupción, tales como la Contraloría General de la República, la Procuraduría de la Ética Pública y la Fiscalía Adjunta de Probidad, Traspereancia y Rendición de Cuentas.
2. Lograr configurar un verdadero "Sistema" de lucha contra la corrupción, pues hasta la fecha, cada institución ha realizado sus

esfuerzos de forma aislada y de acuerdo a sus competencias, por lo que no han logrado crear un verdadero sistema articulado entre sí con este objetivo.

3. Instaurar mecanismos que le permitan a estos entes de control obtener información de otros entes públicos, tales como Registro Público, Ministerio de Hacienda, Sector Bancario, Migración y Extranjería, y demás entes públicos que por sus funciones proveen una fuente importante de información para la lucha contra la corrupción.
4. Potencializar las reformas legales introducidas al marco jurídico costarricense, para poder aplicar sanciones efectivas por las causales incluidas en el Código Penal y Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en virtud de la ratificación de los convenios internacionales de lucha contra la corrupción.
5. Promover el rescate de valores en los funcionarios públicos y en las instituciones, con el fin de luchar contra este mal que tanto daño le ha causado a los Estados, y al desarrollo de los países, con el consiguiente deterioro de los servicios que se le prestan a la ciudadanía.

Todo con el único fin de lograr desempeñar una lucha contra la corrupción efectiva, que permita salvaguardar los bienes públicos y promover una cultura de valores y ética pública.

## III. Conclusión

Del análisis realizado se pueden destacar las siguientes conclusiones:

1. Dentro de los convenios internacionales más importantes en la legislación costarricense están Convención Interamericana de lucha contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción
2. A nivel de normativa nacional se han introducido importantes reformas al Código Penal y se logró la aprobación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
3. A nivel de entidades responsables de la lucha contra la corrupción esta labor se le ha encomendado a la Procuraduría de la Ética Pública, Contraloría General de la República y Fiscalía Adjunta de Probidad, Traspereancia y Anticorrupción del Ministerio Público.

## IV. Bibliografía

Asamblea Legislativa. (1970). *Ley N° 4573 denominada Código Penal*. Costa Rica : Asamblea Legislativa.

Asamblea Legislativa. (1994). *Ley N° 7428 denominada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

Asamblea Legislativa. (2002). *Ley No. 8242 denominada Ley de Creación de la Procuraduría de la Ética Pública*. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

Asamblea Legislativa. (2004). *Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*. Costa Rica: Asamblea Legislativa.

Asamblea Legislativa. (2006). *Ley N° 8557 denominada Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción*. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

Fiscal General. (2011). *Memorandum 01-2011 sobre la creación de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Rendición de Cuentas*. San José, Costa Rica : Fiscal General.

Organización de Estados Americanos (OEA). (1996). *Convención Interamericana de lucha contra la corrupción*. Venezuela: Organización de Estados Americanos (OEA).  
Organización de Estados Americanos (OEA). (2001). *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC)*. Costa Rica: Organización de Estados Americanos (OEA).

## PARCIALIDAD EN ARBITRAJES INTERNACIONALES CUANDO UNA DE LAS PARTES PERTENECE A PAÍSES EN DESARROLLO

*Lic. Miguel Ruiz Herrera*

### **Introducción: De la teoría a la realidad – Lo que 15 años nos dicen.**

Hace más de cuatro décadas nos graduamos. Pero no fue sino hasta hace unos 15 años que pensé en arbitraje. Fue una escogencia obligada ante largos años de defensa a ultranza de un litigio difícil: Batallaba en contra de un país –lo que siempre es difícil- y de algo más difícil: una “gesta” internacional de un movimiento ecologista solapadamente peligroso, inclusive para el país. Acudí entonces al primer arbitraje internacional que Costa Rica conoció en los pasados cien años.

Lo hice sin experiencia, abrumado por problemas económicos –míos y de mis clientes- y enfrentando vergonzosas decisiones judiciales. Pero al menos –pensaba- un arbitraje internacional mitigaría el consistente favoritismo de los jueces contenciosos hacia su patrón: el Estado.

Propios y extraños me han alabado por ese arbitraje. Pero siempre he dicho que fue una ingrata solución.

Este artículo trata de apartarse de esa experiencia. Pero no logra disimularla. Intenta contribuir con algunos consejos prácticos para que el arbitraje –del cual sigo conven-

cido de sus virtudes- sea más equitativo y contribuya a solucionar los problemas de nuestros clientes en un medio internacional cada vez más difícil. Trataré de dar sugerencias de solución (las que llamaré “*Tips*”) para cada problema comentado, centrándome en los que más me ha tocado presenciar.

### **1. La escogencia de la legislación de fondo. La parcialidad reversada.**

Nos ha tocado enfrentar la imposición por parte de empresas extranjeras de cláusulas que piden la aplicación de legislación internacional, y que piden que el arbitraje se celebre en otros países, **a pesar de que el contrato deba ejecutarse en Costa Rica**. Los contratos de representación de productos fabricados en el extranjero son el ejemplo más común. La desesperación de nuestro cliente local por ser nombrado representante nos pone entre la espada y la pared. Nuestro cliente querrá aceptar cláusulas como ...“*Cualquier diferendo se resolverá de conformidad con la legislación de Japón en un arbitraje que se celebrará en Japón*”. Cláusula totalmente injusta. Se olvida que esos contratos no son contratos de manufactura del producto. El fabricante lo fabrica a su antojo, muchas veces ni siquiera en su país donde se siente más cómodo. Estamos frente a un contrato de distribución,

de representación, un contrato que se **ejecutará** en Costa Rica. Pero contestarán: *“Nuestra casa matriz ha decidido que dicha cláusula deba respetarse como ha sido redactada”*.

**TIP:** He logrado convencer en una mayoría de los casos a los abogados de la casa matriz con el siguiente argumento: La Convención de New York sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, en el Capítulo V, Sección 2(b), establece que un laudo no será ejecutado o reconocido cuando violente “Public Policies” del país receptor. Nuestra legislación de representantes de casas extranjeras es calificada “de orden público” y las decisiones de la Sala reconocen como irrenunciable dicha legislación costarricense. El eventual laudo dictado con base en legislación extranjera, entonces, no será ejecutable.

**Algo peor: Parcialidad Reversada:** En muchos países en desarrollo, sus gobiernos desconfían de su propia legislación y se dejan impresionar por consejos de sus asesores internacionales que los llevan a descartar la propia legislación y pedir la aplicación de “normas internacionales”. En ocasiones, también lo hacen pues conocen que la legislación internacional es más acomodaticia (y siempre se podrá encontrar algún precedente que refuerce el caso) aún en contra de clara legislación nacional. Pero el resultado no es correcto: Por ejemplo, en expropiaciones, normas internacionales en boga hace una docena de años pedían la determinación del precio del bien expropiado de acuerdo a la fecha del acto de expropiación, desechando la fecha en que se realizaría el avalúo o la fecha en que se produciría la compensación. Esas normas se daban por la influencia de expropiaciones en Irán, en donde el bien expropiado valía varias veces

más años antes, mientras el Sha gobernaba, que el ridículo valor posterior producto de los desmanes del Ayatola Jomeini. Pero... ¿en Costa Rica? ¿Habrán descendido tanto el valor de un inmueble producto del gobierno actual para justificar que se tome en cuenta el valor de anteriores gobiernos?

**TIP:** La influencia de un país sobre los integrantes de un tribunal arbitral internacional es menor que sobre jueces locales de dicho país. Pero siempre existirá. El consejo que doy es lo que NO hice en el pasado: Debí haber montado un buen berrinche, un buen escándalo, denunciar fuertemente el intento del país de sustraerse de su propia legislación. El impacto de ese berrinche sobre cualquier defensa de los gobernantes ante dicha actuación, con seguridad, habría tenido sus frutos. Un buen y sonoro berrinche, en ese caso, vale la pena.

**2. La escogencia de la sede para el arbitraje y de la legislación aplicable al procedimiento.** Parecido al tema anterior, en este caso la defensa es diferente: No hay mandato de sede local en la legislación. El tema, sin embargo no es menos importante. Un arbitraje, en Tokio, por ejemplo, posiblemente arruinará a la empresa costarricense y hará nugatoria esa alternativa.

**TIP:** Durante la negociación del contrato, se debe apelar insistentemente y consistentemente a la racionalidad, brindando datos de Naciones Unidas sobre costos de un procedimiento de arbitraje en diferentes países. No se debe insistir en sede local, pues será tomado como un “pulso” entre las dos partes, pero se deben dar alternativas de otras sedes más cercanas y más económicas (a todos nos gustan más las compras a Miami, por ejemplo).

**3. La influencia de los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados Bilaterales de Comercio.** Los países desarrollados –al presentar un atractivo mercado para las exportaciones de nuestros países y, asimismo ser buscada fuente de inversión en nuestros países, tienen una ventaja natural a la hora de negociar tratados bilaterales de inversión o de comercio. Ello ha traído la automática cláusula que obliga a nuestros países a atender arbitrajes internacionales, especialmente en el campo de inversiones. He defendido dicho acceso a arbitrajes internacionales. Evita lo que sucedía antes: esfuerzos desmedidos –por parte del sufrido y engañado inversionista– para que un país atienda a sus obligaciones –que se determinarían en un arbitraje lejos de jueces proteccionistas del país. Inversionistas hasta habían tenido que acudir a trucos para convencer al gobernante de turno a acudir al arbitraje. Y ahora al menos sufren menos el embate por la prensa de supuestas presiones políticas ejercidas desde países foráneos por su nacional inversionista que requería la presencia del país en un arbitraje. Esa supuesta presión política, ya no se justifica.

Pero ello ha trasgredido el justo medio y ha devenido en un abuso por parte de ciudadanos de países desarrollados, quienes –conociendo dichas cláusulas– demandan a los países en desarrollo, con pompa y escándalo internacional, ante cualquier desavenencia, multiplicando para ello exponencialmente el monto de sus reclamos, precisamente para ser objeto de atracción en los medios de opinión, desesperados por crear escandalitos.

Hasta el momento, al menos en el caso de Costa Rica, el Gobierno ha sabido enfrentar dichas demandas y se han logrado descartar a varias de ellas. Se anuncian nuevas y multimillonarias, algunas de ellas que no su-

cederían si no se abusa de dichas cláusulas.

**TIP:** No soy asesor de Gobierno, pero externo una sugerencia: Debe existir un constante y permanente esfuerzo por hacer prevalecer el Régimen de Derecho, tanto en beneficio del Estado como en beneficio del inversionista particular, sea éste nacional o extranjero. Lamentablemente en ya demasiadas ocasiones nos encontramos ante decisiones judiciales en donde el Juez no puede olvidar que es parte del Estado, y claramente lo favorece descaradamente. No en vano, el recordado Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, maestro y genio administrativista, en su libro “Expropiación y Responsabilidad Pública”, página 113, afirma: *“...la solidaridad del Juez contencioso con el Estado, como empleado público que es. Es un problema de solidaridad gremial con el gobernante y el administrador... El Juez contencioso está siempre mucho más cerca del Estado, y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface; cuando se la quita, se siente solo y culpable”*.

Esas vergonzantes decisiones judiciales producen la mayoría de los casos en que un Gobierno sea demandado internacionalmente. Esa “ayudita judicial” es –además de incorrecta– éticamente fatal y le trae el país consecuencias nefastas. Una parte muy importante de la educación de nuestros jueces debe ser dirigida a erradicar esta equivocada solidaridad del Juez con su país.

**4. La posible intervención de tribunales comunes – la percepción sobre los tribunales de los países en desarrollo.** *“Cría fama y échate a dormir”*. El cine nos muestra constantemente a jueces vulgarmente solidarios con su ambiente local. Desde jueces de pequeños pueblos sureños de Estados Unidos. No podremos

olvidar a Fred Gwynne enfrentando a Joe Pesci, salvado por la brillante intervención de la “testigo perito” Marisa Tomei en “My cousin Vinnie”) o los casos de jueces mexicanos apresando al “bueno de la película”, vaquero estadounidense que se internó en México en su gesta por salvar a la doncella secuestrada.

Ello arrastra a casos de costosos arbitrajes internacionales, mucho más gravosos económica y profesionalmente que un juicio local. Si el arbitraje tiene como una de sus partes a un país, el problema no es tan grave pues se supone que el país tendrá recursos para enfrentarlo. El problema mayor surge cuando la parte local es una empresa privada, caso en el que los costos de dicho arbitraje harán que la empresa desista de sus pretensiones y se pliegue al pedido de la empresa extranjera, normalmente con más recursos que la local.

**TIP:** Aparte del esfuerzo constante para que el Régimen de Derecho prevalezca a toda costa y así sea percibido local e internacionalmente –pues, como aquí se nota, sus propios ciudadanos son quienes más son dañados- hay más cosas que se deben hacer: (a) atención extrema, paciente, insistente y constante, a la negociación de la cláusula contractual que eventualmente llevará a un arbitraje, con especial atención en los aspectos de la radicación del arbitraje y de la legislación de fondo aplicable, como se ha comentado arriba, y (b) destacar el apoyo que los tribunales comunes costarricenses –liderados por algunas integrantes de la Sala Primera Civil- han dado al surgimiento y desarrollo de arbitraje en Costa Rica, tanto en el caso de medidas de apoyo (medidas cautelares solicitadas por los árbitros) como el su objetiva y cuidadosa función revisora en caso de recursos de nulidad de los laudos.

### 5. La selección de los Árbitros: la “Independencia de los Árbitros”, concepto casi inalcanzable y tal vez ineficaz.

Internacionalmente se promulga la necesidad de la “independencia” de los árbitros. Este es un concepto ideal, pero inalcanzable en nuestros países. En nuestro medio es imposible conseguir a un árbitro que sea totalmente independiente. Siempre existirá un vínculo (haber llevado un caso a la suegra del mensajero de la tía del primer marido de la secretaria de la empresa actora). Y en arbitrajes internacionales –que se supondría ello no existe- se tiene el mismo problema en razón de la revolución de la internacionalización de relaciones y comunicaciones, ante el exceso de “disclosures” que están en boga, convirtiendo la escogencia de árbitros en un costoso ejercicio en donde los más honorables y mejores conocedores del tema en discusión son dejados de lado.

El concepto por el que hemos luchado es el concepto de “imparcialidad”. Un árbitro, más que “independiente” debe ser **imparcial**. Pero no es fácil lograr que se acepte un árbitro sugerido por la empresa de uno de los países en desarrollo que no sea totalmente independiente. Los abogados de la contraparte resaltarán, para intentar descartar a un árbitro correcto y conocedor, hasta el hecho de que el árbitro haya pasado una semana de vacaciones en la playa en Costa Rica. Y, asimismo, gesta tal vez más difícil resulta lograr que un árbitro de un país en desarrollo se comporte digna e imparcialmente por el simple hecho de no tener vínculos. Su deseo de aparentar no ser localista, lo lleva a decisiones funestas. Por ejemplo, véase el triste desempeño de otro tipo de árbitros, como el árbitro salvadoreño que dirigió el nevado y congelado juego de

nuestra selección de fútbol contra Estados Unidos de América, evento tan nevado que las camisetas blancas de los estadounidenses no podían ser reconocidas en medio de la blanca nieve, evento que –en condiciones mucho más favorables –fue suspendido por nórdicos árbitros en el resto del mundo.

**TIP:** Habrá que hacer un esfuerzo investigativo para encontrar posibles vínculos en los árbitros internacionales. Siempre los habrá. NO habrá más remedio que jugar el mismo juego. Para comenzar, valerse de “Google” para investigar a candidatos de países desarrollados. Google le encontrará alguna travesura. Y luego así demostrar –magnificando dichos otros vínculos- la necesidad de centrarse en la imparcialidad, más que en la independencia, del posible árbitro.

### 6. La selección de los abogados de parte en arbitrajes internacionales.

Los procesos de arbitraje internacional en la mayoría de los casos se llevan a cabo en los centros designados por los tratados, que generalmente son centros localizados en países de “Common Law” –contrarios a nuestro sistema civilista- o en centros que han logrado adquirir fama para esos efectos, de iguales características. Ello lleva a la aparente necesidad de contratar con imponentes firmas de abogados de Washington, cuyos honorarios –por la manera en que los cobran- son suficientes para financiar varias bodas de princesas árabes hasta con presencia de elefantes elegantemente vestidos para la ocasión. Y no necesariamente la intervención de dichos abogados significará el éxito del arbitraje. Todo lo contrario. Los abogados de esos foros nunca podrán entender la importancia de pequeños pero vitales temas, y se dejarán

impresionar por “internacionalismos” (como el caso de permitir la aplicación de “normas internacionales” descartando la legislación local de donde el diferendo tuvo lugar).

**TIP:** Otorgar a una firma de abogados locales la responsabilidad de ese arbitraje. Ya hay algunas que han alcanzado esa experiencia y sabrán como enfrentar el proceso mucho mejor que las extranjeras no familiarizadas con el tema local. Ciertamente es aconsejable que dicha firma se asesore por un abogado radicado en el lugar donde se celebrarán las audiencias del arbitraje (o de sistema judicial similar), que también haya tenido experiencia importante en esos procesos. Esta es una alternativa mucho más racional, profesionalmente efectiva y mucho más económica para el cliente. De lo contrario la experiencia no será grata: aún teniendo éxito en el arbitraje, una parte muy importante del monto obtenido en el laudo caerá en las arcas de dichas firmas extranjeras. Y si no se tuvo éxito, pues habrá que enfrentar con dignidad hasta la compra de medicamentos para salvar el hígado y no llorar por la leche derramada.

### 7. Decisiones percibidas como parcialidad durante el arbitraje:

**(a) Pacta Sunt Servanda – la evolución de tratados internacionales a casos locales.** Los contratos son ley entre las partes. Este principio, reconocido desde el Derecho Romano (“Pacta Sunt Servanda”), tiene diferente reconocimiento en derecho anglosajón, que en nuestro derecho civilista. En nuestro régimen, el contrato como ley entre las partes se origina en la existencia de ese contrato. En derecho anglosajón, existe el criterio de “Contrato en Equity”,

lo que ha llevado a tribunales arbitrales a reconocer la existencia de contratos en países en desarrollo que realmente no existían como tales. Las diferencias con nuestro sistema no son tan marcadas (por ejemplo, acuerdo entre cosa y precio como determinante de una compraventa) pero en arbitrajes internacionales los árbitros se han fijado en la existencia de dicho principio en ciertos ordenamientos legales como el Artículo 38 (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (que llama a considerar “normas internacionales” y olvida citar el texto de la ley del lugar donde la disputa tuvo lugar), o el verdadero significado del 26 de la Convención de Viena (“Pacta Sunt Servanda”), dejando de lado la verificación de la existencia del contrato en ciernes y, consecuentemente, se ha arrastrado a terceras partes no suscriptoras de la cláusula arbitral que aparece en un contrato, al haberlas incorporado “en Equity” (por ejemplo en el caso AMCO vs Indonesia).

**Tip:** Debe incluirse en los contratos, en la redacción de la cláusula arbitral, texto en el que las partes definan claramente cuál es su intención: tener como partes en el diferendo únicamente a las contratantes, o extender dicha categoría de parte a alguna otra parte relacionada con la transacción.

**(b) Cambio de Circunstancias – países sin legislación que regule cambios en el equilibrio financiero de los contratos.** En muchos países no existe legislación que proteja al inversionista contra el incremento de costos que sobreviene después de la firma del contrato, lo que denominamos “cambio de circunstancias”. El equilibrio

financiero de los contratos se afecta, en muchos casos, en razón de las políticas económicas del país receptor de la inversión, o por evidentes circunstancias ocurridas a nivel internacional (precios de petróleo, precio del acero en razón de mega construcciones en China, etc.), cambios causados por los atrasos en la ejecución de las obras (cambios de los que una de las partes, la adquirente de la obra, es generalmente la responsable de dichos atrasos). Estos temas, que son comunes en nuestros países, son de difícil reconocimiento en tribunales compuestos por integrantes de países desarrollados, lo que produce daños irreparables a la parte así lesionada.

**Tip:** Como asesores de inversionistas, debemos asegurar que el derecho al equilibrio financiero quede debidamente documentado. Inclusive, hemos logrado intervenir desde la fase de los carteles licitatorios, por medio de consultas a la entidad respectiva, por medio de alternativas en donde la Iniciativa Privada se permita, o por medio de objeciones al cartel. Debe quedar registro claro y contundente de la existencia de la facultad de equilibrar el contrato, para que así los tribunales compuestos por árbitros no familiarizados con estos temas, le otorguen el debido respeto a ese equilibrio. Y debe documentarse cada día de atraso en la ejecución del contrato que sea responsabilidad de la parte que recibirá esas obras. La ausencia de documentación de atrasos ha llevado, en muchos casos internacionales, a eximir a la parte que deba pagar la indemnización, del pago de intereses por el tiempo transcurrido, revertiendo el principio que obliga a condenar en costas de manera genérica (admitiendo su perdón en casos en donde haya existido buena fe evidente de perdidoso).

**CONCLUSION:** La parcialidad aquí denunciada existe y en dimensiones importantes. En muchos casos, la culpa la tenemos los mismos países en desarrollo. No ayuda, por ejemplo, la actitud de la señora Fernández de Kitchner, en Argentina, en donde ha desconocido laudos por miedo a reacciones antipopulares. Eso no es un atentado contra

el orden público. Ni ayuda tampoco la familia que tienen nuestros países de localismos injustificados en las decisiones judiciales. Nuestra tarea para evitar esta situación debe comenzar por casa, domésticamente. Mientras tanto, los consejos dados pueden asistir a mitigar para nuevos casos los daños que nos ha tocado presenciar.

DEPARTAMENTO  
*Artes*  
GRÁFICAS  
B. 40635